

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

Fall 4

1. Kompetenzverteilung Bund – Länder

Bundesstaatsprinzip durch Art. 79 III GG geschützt!

Grundsatz, Art. 30 GG: Länder; *leges speciales*: Art. 70 ff, 83 ff GG

a) Gesetzgebungskompetenzen:

Bund:

- ⇒ Ausschließliche, Art. 71, 73 GG (z.B. StAG, TelekommG, AEG);
- ⇒ Konkurrierende, Art. 72, 74 GG (z.B. BGB, HGB, StGB, StVG, BauGB, GVG, VwGO, StPO, ZPO);

Die Rahmengesetzgebung des Art. 75 GG wurde durch die Föderalismusreform zum 1. September 2006 aufgehoben. Zur Fortgeltung bestehenden Rechts siehe Art. 125a, 125b GG

- ⇒ Sonstige (z.B. Art. 22 I 3, 84 I 2, 91a II, 109 III, 140 GG i.V.m. Art. 138 WRV);
- ⇒ Ungeschriebene (Sachzusammenhang, Annex, Natur der Sache); z.B. Sitz der BReg; Bundessymbole; Nationalfeiertage (Natur der Sache); Polizeigewalt des Bundestags (Annex); Gebühren für Beurkundungen (Sachzusammenhang).

Länder:

- ⇒ Konkurrierende (soweit keine abschließende Bundesregelung, z.B.: Staatshaftungsgesetz des Bundes fehlt noch; Nr. 25);
- ⇒ Alle sonstigen Materien (z.B. nach Art. 84 I 1 [LVwVfG] oder nach Art. 30 GG [z.B. SchulG, Polizei-/OrdnungsR]).

b) Verwaltungskompetenzen

Länder:

- ⇒ Vollzug von Landesgesetzen, Art. 30 GG
- ⇒ Vollzug von Bundesgesetzen, Art. 83 GG (aber: Einschränkungen in Art. 84 GG);
- ⇒ Bundesauftragsverwaltung, Art. 85 GG, d.h. Weisungsrechte des Bundes (ausdrückliche Anordnung im GG erforderlich).

Bund:

- ⇒ Bundeseigene Verwaltung durch den Bund, Art. 86 ff GG (z.B. Eisenbahnbundesamt, Art. 87e GG i.V.m. § 2 EVerkVerwG; Bundeswehr, Art. 87b GG).

Hinweis: Art. 23 II – VI GG regelt die Beteiligungsrechte der Länder, deren Interessen der Bund bei der Teilnahme an Rechtssetzung auf EG-Ebene zu vertreten hat.¹ Im Zuge der Föderalismusreform wurden die Rechte der Länder insoweit gestärkt, als unter den Voraussetzungen des Art. 23 VI 1 GG nun ein Ländervertreter einzusetzen ist.

c) Kompetenzen der Judikative

Bund:

- ⇒ BVerfG, Art. 93 f GG
- ⇒ Bundesgerichte (als oberste Instanz der jeweiligen Gerichtszweige), Art. 95 f: BGH, BVerwG, BFH, BAG, BSG; Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes (Art. 95 III GG).

Länder:

- ⇒ Art. 92, 30 GG: Die unteren Instanzen der jeweiligen Gerichtszweige (AG / LG / OLG; VG / VGH, etc.)

2. Art. 31 GG

Nach Art. 31 GG gilt: „Bundesrecht bricht Landesrecht“. Voraussetzung ist also eine Kollision von Regelungen, die denselben Sachverhalt betreffen und zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen.

Im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung sind Landesgesetze immer, im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung dann bereits mangels Kompetenz verfassungswidrig und nichtig, wenn eine abschließende bundesrechtliche Regelung existiert. Dies gilt auch, wenn das Bundesrecht später aufgehoben wird, denn ein Kompetenzmangel ist nicht „heilbar“. Insofern bedarf es eines Rückgriffs auf Art. 31 GG nicht.

¹ Lesenswert BVerfG JA 1996, 195 (Rechtssetzungskompetenz der EG im Bereich der

Gesetzgebungszuständigkeit der Bundesländer, „Fernsehrichtlinie“).

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

WuVs - Lösung - Seite 2

Auch im Übrigen ist selbstverständlich, dass es nur dann zu einer Normenkollision kommen kann, wenn sowohl Bundes- als auch Landesrecht formell und materiell verfassungsmäßig sind. Denn sind die Normen bereits aus anderen Gründen nichtig, braucht keine Kollision gelöst zu werden.

Art. 31 GG regelt den Fall, dass der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz (in verfassungsmäßiger Weise) Gebrauch macht und insoweit abschließende Regelungen trifft, die entgegenstehende Regelungen des bisher bestehenden (und damals kompetenzmäßig erlassenen) Landesrechts verdrängen. Auch hier gilt: Entgegenstehendes Landesrecht wird ungültig und lebt auch dann nicht wieder auf, wenn die bundesrechtliche Regelung aufgehoben wird.²

Wichtiger Unterschied zwischen den Kompetenznormen und Art. 31 GG: Ein kompetenzwidriges Landesgesetz ist auch dann nichtig, wenn es inhaltlich mit dem Bundesgesetz vereinbar wäre. Art. 31 GG lässt dagegen nur entgegenstehendes Landesrecht außer Kraft treten.

3. Grundsatz der „Bundestreue“

Die Bundestreue ist ein ungeschriebener Grundsatz für das gegenseitige Verhältnis von Bund und Ländern bei der Ausübung der Kompetenzen. Der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens fordert, dass sowohl der Bund als auch die Länder bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen die gebotene und ihnen zumutbare Rücksicht auf das Gesamtinteresse des Bundesstaates und die Belange der Länder nehmen.³

4. Gesetzgebungsverfahren

a) Vorverfahren, Art. 76 GG

- aa) Gesetzesinitiative (Einbringen der Gesetzesvorlage in den BTag durch BReg, BRat oder BTag), Art. 76 I GG, § 15 GO-BReg, § 76 I GO-BT
- bb) Weiterleitung, Art. 76 II, III GG (an den BRat zur Stellungnahme, BTag zur Diskussion ...)

b) Beschlussverfahren, Art. 77 f GG

- aa) Beschluss des BTags (Art. 77 I 1 GG, §§ 78 ff GO-BT nach 3 Lesungen);
- bb) Beteiligung des BRats (Art. 77 I 2, II-IV GG), Vermittlungsausschuss (Abs. 2); Unterschiede:
 - Einspruchsgesetze (Abs. 4)
 - Zustimmungsgesetze (Abs. 2 S. 4, 2a, 3)

Rspr: BVerfG DVBl 2000, 351 (Aufgaben und Befugnisse des Vermittlungsausschusses, Art. 77 f GG). – Zum Zuwanderungsgesetz siehe BVerfG NJW 2003, 339.

c) Abschlussverfahren

- aa) Gegenzeichnung, Art. 58 GG
- bb) Ausfertigung durch den BPräsident, Art. 82 I 1 GG
- cc) Verkündung durch Veröffentlichung im BGBl (Art. 82 I 2 GG)

5. Zustimmungsgesetze

Nur solche Gesetze sind Zustimmungsgesetze, für die das Grundgesetz dies ausdrücklich (und abschließend) anordnet (z.B. Art. 84 I 6, 85 I, 105 III, 106 III-VI, 107 GG). Zweck der Zustimmungsbedürftigkeit ist, die Länder bei der gesetzlichen Regelung von Materien, die ihre Interessen in erhöhtem Maß berühren, zu beteiligen (Ausfluss des Bundesstaatsprinzips).

6. Verteilung der Verwaltungskompetenzen Land-Gemeinde

Die Verwaltung des Landes wird durch die Landesregierung, die ihr unterstellten Behörden (unmittelbare Staatsverwaltung) und durch die Träger der Selbstverwaltung (mittelbare Staatsverwaltung) ausgeübt (Art. 69 LVerf), also durch Gemeinden, Gemeindeverwaltungsverbände, Zweckverbände und Landkreise (Art. 71 LVerf – *lesen!*).

Bei der unmittelbaren Staatsverwaltung ist zwischen den allgemeinen und den besonderen Behörden zu unterscheiden (vgl. Art. 70 LVerf, §§ 2, 6 ff, 17 ff LVG).

² BVerfGE 29, 11, 17.

³ Lies auch BVerfG NVwZ 2001, 667 m Bespr Sachs JuS 2001, 812.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

WuVs - Lösung - Seite 3

Die unmittelbare allgemeine Staatsverwaltung ist in die Hierarchie

- LRA (untere Verwaltungsbehörde)
- RP
- Ministerien

gegliedert (§§ 2 ff, 6 ff LVG).

Die Selbstverwaltungskörperschaften nehmen solche Aufgaben wahr, die ihnen durch Gesetz übertragen worden sind (sog. Pflichtaufgaben), vgl. Art. 71 III LVerf. Außerdem haben sie ein Aufgabenfindungsrecht im Bereich ihrer Selbstverwaltungsrechte. Die Wahrnehmung der Pflichtaufgaben fällt ebenfalls unter die Selbstverwaltungshoheit (nur Rechtsaufsicht, §§ 119 ff GemO), soweit sich nicht das Land ein Weisungsrecht vorbehalten hat (Fachaufsicht, z.B. §§ 1 II, 25 LVG).

Denkbar ist auch, dass das Land eine Aufgabe, die es im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung ausführt, als Pflichtaufgabe nach Weisung weiter an die Gemeinden delegiert.

7. Unmittelbarer Anspruch aus Verwaltungsvorschriften?

Nein, Verwaltungsvorschriften haben keine unmittelbare Außenwirkung. Sie sind nur Innenrecht der Verwaltung. Sie erhalten aber **mittelbare** Außenwirkung über **Art. 3 I GG**, denn sie gelten als Spezialfall der sog. „Selbstbindung der Verwaltung“ (sogar im Sinne einer „antizipierten Verwaltungspraxis“ für die ersten Anwendungsfälle). Das heißt, das Ermessen einer Behörde ist durch Art. 3 I GG „auf Null reduziert“, der Bürger hat einen Anspruch auf Leistungen, welche die Verwaltungsvorschrift in Ausfüllung einer Ermessensnorm verspricht.

8. Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften (im Folgenden: **nkVwV**)

Bei der Problematik der nkVwV geht es um die Frage, ob bestimmten Normen des Umwelt- und Technikrechts (insbesondere TA-Luft, -Lärm, -Abfall u.a.)⁴ eine **unmittelbare Rechtswirkung nach außen und Verbindlichkeit gegenüber den Gerichten** zukommt.

Exkurs: Bei dieser Frage geht es schwerpunktmäßig um die Frage der Abgrenzung der Kompetenzen der Exekutive und Judikative, ähnlich wie bei der Überprüfung von Ermessensentscheidungen und bei der Frage, ob der Verwaltung ein sog. gerichtsfester Beurteilungsspielraum eingeräumt ist.

Die Problematik der nkVwV ist wohl eine der umstrittensten des allgemeinen Verwaltungsrechts.

Der **EuGH** hat entschieden, dass die (als „normkonkretisierenden“ Verwaltungsvorschriften in Frage kommenden) TA-Luft und TA-Lärm nicht hinreichend verbindlich sind, um eine effektive Umsetzung von EG-Richtlinien zu gewährleisten.⁵ Der Gesetzgeber hat dem durch die Verordnungsermächtigung in § 48a BImSchG (u.a.) Rechnung getragen.

Auch wenn das Umweltrecht heute überwiegend aus der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben besteht, hat die **neuere Rspr** an dem Rechtsinstitut der nkVwV **festgehalten**. Sie begründet deren Verbindlichkeit wie folgt:

Die betroffenen Vorschriften nehmen zunächst in formeller Hinsicht durch die ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung (bspw § 48 BImSchG) und ein (zumindest teilweise) gesetzlich vorgeschriebenes Verfahren (Anhörung der Betroffenen, Zustimmung des Bundesrates etc.) im Verhältnis zu „normalen“ Verwaltungsvorschriften eine gewisse Sonderstellung ein.

In materieller Hinsicht ist zudem zu berücksichtigen, dass die Gerichte aufgrund der Komplexität des Sachverhalts in der Praxis nur eingeschränkte Möglichkeiten zur Überprüfung der Anordnungen der Verwaltungsvorschrift hätten.⁶

9. Überprüfung von Kompetenzüberschreitungen vor dem BVerfG

- **Abstrakte Normenkontrolle**, Art. 93 I Nr. 2, 2a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 6, 76 ff BVerfGG
- **Bund-Länder-Streit**, Art. 93 I Nr. 3 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 7, 68 ff BVerfGG

⁴ „TA“ = technische Anleitung.

⁵ EuGH EWS 1991, 313 ff.

⁶ Lesenswert BVerwGE 110, 216 (TA Luft) m Anm Murswiek JuS 2000, 927; BVerwGE 107, 338; BVerwG

NVwZ 1988, 824; BVerfG NVwZ 1986, 208 (Whyll); Hill NVwZ 1989, 401; Maurer AllgVerwR § 24 Rn 25 ff.

Fall 5

1. Skizzieren Sie kurz die wesentlichen Unterscheidungsmerkmale zwischen Mehrheitswahl und Verhältniswahl!

Bei der reinen Mehrheitswahl wird das Staatsgebiet in Wahlkreise eingeteilt, die sich hinsichtlich der Bewohner bzw. Wahlbürger in etwa entsprechen müssen. Der Kandidat, der (relativ oder absolut) die Mehrheit der Stimmen auf sich vereint, ist gewählt. Die Zahl der Parlamentssitze entspricht der Zahl der Wahlkreise. Es handelt sich hier im Grunde um eine Persönlichkeitswahl. Die für die unterlegenen Kandidaten abgegebenen Stimmen fallen unter den Tisch.

Die Verhältniswahl ist demgegenüber eine Listenwahl: Die Sitze im Parlament werden auf die Parteien, entsprechend der auf sie im ganzen Land entfallenen Stimmen verteilt.

Das Parlament bildet ein Spiegelbild der in der Bevölkerung herrschenden Mehrheitsverhältnisse. Alle Stimmen und nicht nur die der Mehrheit finden Berücksichtigung.

2. Nach welchem System vollzieht sich die Wahl zum Deutschen Bundestag?

In der Bundesrepublik Deutschland gilt ein Mischsystem: „Personalisierte Verhältniswahl“ (siehe § 1 I S. 2 BWG). Mit der Erststimme wird auf die Mehrheitswahl, mit der Zweitstimme auf die Verhältniswahl Bezug genommen. Im Wesentlichen hat sich Listenwahl durchgesetzt; wie bei der Verhältniswahl bildet das Parlament ein Spiegelbild der Mehrheitsverhältnisse in der Wählerschaft. Das personale Moment (Erststimme) kann allenfalls zu einer geringfügigen Verschiebung dieses Problems führen. Die Zweitstimme (= Verhältniswahl) bestimmt die Fraktionsgröße (vgl. § 6 BWG), die Erststimme (= Mehrheitswahl) die Fraktionszusammensetzung.

Anmerkung: Eine aktuellere wahlrechtliche Frage ist die nach der Zulässigkeit von Wahlcomputern. Nach Ansicht des BVerfG ist eine rein elektronische Wahl unzulässig, da die Transparenz der Wahl nicht gewährleistet ist.⁷ Mit dieser Transparenz nimmt das BVerfG es im Übrigen nicht so genau, wenn es um die Wahl der Richter am BVerfG geht. Hier billigt es die Wahl durch einen nichtöffentlich tagenden Richterausschuss des BVerfG.⁸

3. Wie sind die Zuständigkeiten im Bereich der Gesetzgebung verteilt? Welche Gesetzgebungskompetenzen hat der Bund?

Art. 70 I, 30 GG: Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Länder, es sei denn gesetzliche Regelung

a) ⇒ Art. 71, 73 GG: ausschließliche Bundesgesetzgebung, hier grds. Bundeskompetenz, Landeskompetenz nur soweit ausdrückliche Ermächtigung vorliegt

b) ⇒ Art. 72, 74 GG: konkurrierende Gesetzgebung, Bund hat in den in Art. 72 II GG genannten Fällen nur das Gesetzgebungsrecht, wenn eine bundeseinheitliche Regelung erforderlich ist. Die Länder dürfen gemäß Art. 72 I GG immer tätig werden, soweit der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht noch kein Gebrauch gemacht hat. Ansonsten erhalten Sie in den Fällen des Art. 72 III GG ein Abweichungsrecht.

Neben diesen geschriebenen Kompetenzen gibt es noch die ungeschriebenen

⇒ kraft Natur der Sache, wenn zwingend nur der Bund die Materie regeln kann

⇒ kraft Sachzusammenhangs, wenn der Bund eine ihm zugewiesene Materie nur dann sinnvoll abschließend regeln kann, wenn er Fragen, die eigentlich zu einem anderen Gebiet gehören, mitregelt.⁹ Die Annexkompetenz ist nochmals ein Unterfall dieser Kompetenz kraft Sachzusammenhangs.¹⁰

⁷ BVerfG, DBVI. 2009, 511 = L&L 2009, 411; zur Zulässigkeit der Briefwahl trotz fehlender Transparenz vgl. BVerfG, Beschluss vom 09.07.2013, 2 BvC 7/10 = L&L 2013, 679.

⁸ BVerfG, 2 BvC 2/10 = L&L 2012, 750.

⁹ Vgl. hierzu BVerfG, Urteil vom 20.02.2013, 6 A 2/12 = L&L 2013, 684.

¹⁰ Vgl. Hemmer/Wüst, Staatsrecht II, Rn. 164 ff.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

WuVs - Lösung - Seite 5

Fall 6

1. **Was ist ein konstruktives Misstrauensvotum, wo ist es im Grundgesetz bzw. in der baden-württembergischen LV?**

Das Misstrauen kann „nur“ durch die Wahl eines neuen Kanzlers ausgesprochen werden: Art. 67 GG.

B-W hat ein dem GG ähnliches konstruktives Misstrauensvotum

Art. 54 I LV: „Der Landtag kann dem Ministerpräsidenten das Vertrauen nur dadurch entziehen, dass er mit der Mehrheit seiner Mitglieder einen Nachfolger wählt und die von diesem gebildete Regierung gemäß Artikel 46 Abs. 3 bestätigt.“

Die LV kennt (im Gegensatz zum GG) auch ein destruktives Misstrauensvotum gegen einzelne Minister: Art. 56: „*Auf Beschluss von zwei Dritteln der Mitglieder des Landtags muss der Ministerpräsident ein Mitglied der Regierung entlassen.*“

2. **Wie sind die Verwaltungskompetenzen verteilt? Welche Aufsichtsregelungen bestehen?**

Art. 30, 83 GG: Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Länder

⇒ Art. 84 GG: Ländereigene Verwaltung, Rechtsaufsicht des Bundes:

Informationsrechte des Art. 84 III GG sowie des Art. 85 IV GG, außerdem Recht, bei Rechtsverletzungen Abhilfe zu verlangen, = Kollegialprinzip. Kommt das Land dem Abhilfeverlangen nicht nach, gibt es die Möglichkeit der Mängelrüge nach Art. 84 III GG, wogegen das BVerfG angerufen werden kann, Art. 84 IV GG.

Äußerstes Mittel: Art. 37 GG, Bundeszwang.

⇒ Art. 85 GG: Landesauftragsverwaltung, Fachaufsicht des Bundes (Art. 85 IV GG)

Missachtung der Weisung ist Rechtsverletzung. Dann sind Mittel der Rechtsaufsicht möglich. Aber Art. 84 III GG gilt nicht.

⇒ Art. 86, 87 GG: Bundeseigene Verwaltung durch eigenen Verwaltungsaufbau oder bundesunmittelbare Körperschaften des Öffentlichen Rechts, Beachte Art. 87 III GG - Möglichkeit der Erweiterung der bundeseigenen Verwaltung

Was beinhaltet Verwaltungskompetenz?

Einrichtungen der Behörden, Verwaltungsverfahren, Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften.

3. **Sind gemeinsame Ländereinrichtungen ein Verstoß gegen das Bundesstaatsprinzip?**

Nein, denn sie stellen keine „dritte Ebene“ zwischen Bund und Ländern dar, ausgeübt werden hoheitliche Befugnisse der beteiligten Länder, sog. kooperativer Föderalismus. Anders verhält es sich bei gemeinsamen Einrichtungen von Bund und Ländern. Diese so genannte Mischverwaltung ist – abgesehen von Art. 91a f. GG - unzulässig.

Fall 7

Vorbemerkung bzgl. 1. bis 3.:

Bund / Länder / Gemeinden sind jeweils öffentlich-rechtliche (Gebiets-)Körperschaften mit eigenen Verwaltungskompetenzen. Diese leiten sich beim **Bund** und bei den **Ländern** daraus ab, dass beide eigenständige Völkerrechtssubjekte mit Staatscharakter sind. **Gemeinden** sind dagegen „nur“ Selbstverwaltungskörperschaften, Elemente der mittelbaren Staatsverwaltung und in die Landesverwaltung eingegliedert. Sie haben jedoch durch die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 II GG eine eigenständige, verfassungsrechtliche Stellung gegenüber dem Land.

Wenn man diese dogmatischen Unterschiede beachtet, ergeben sich aber im Hinblick auf die Verteilung der Verwaltungskompetenzen und die damit einhergehenden Probleme zahlreiche Gemeinsamkeiten zwischen dem Staatsorganisationsrecht und dem Kommunalrecht:

1. **Rechts- / Fachaufsicht**

a) **Rechtsaufsicht**

Die Rechtsaufsicht beschränkt sich auf die Prüfung der **Rechtmäßigkeit** des Verwaltungshandelns, Art. 20 III GG (Vorrang des Gesetzes). Die Beurteilung der Zweckmäßigkeit obliegt allein dem ausführenden Rechtsträger.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

WuVs - Lösung - Seite 6

Beispiele: Vollzug von Bundesgesetzen durch die Länder gemäß Art. 84 IV GG; Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben durch Gemeinden (§§ 119 ff GemO), Landkreise (§ 51 II LKrO) u.a. Durch die Rechtsaufsicht greift der Bund in die Verwaltungskompetenzen des Landes, das Land in die Selbstverwaltungshoheit der Gemeinde, Landkreise usw. ein. Hiergegen kann das Land im Bund-Länder-Streit gemäß Art. 93 I Nr. 3 GG vorgehen bzw kann die Gemeinde durch Anfechtungsklage (§ 125 GemO) vorgehen.

Mittel der Rechtsaufsicht sind:

- Auskunft- und Informationsrecht (§ 120 GemO)
- Beanstandungsrecht / Mängelrüge (§ 121 GemO)
- Anordnungsrecht (im Bund-Länder-Verhältnis nach Art. 37 GG bzw im Kommunalrecht gemäß § 122 GemO)
- Ersatzvornahme (im Bund-Länder-Verhältnis nach Art. 37 GG bzw im Kommunalrecht gemäß § 123 GemO).
- Bestellung eines Beauftragten (im Bund-Länder-Verhältnis nach Art. 37 GG bzw im Kommunalrecht gemäß § 124 GemO)

b) Fachaufsicht

Die Fachaufsicht umfasst neben der **Recht-** auch die **Zweckmäßigkeit** einer Maßnahme (insbesondere bei Planungs- / Ermessensentscheidungen).

Maßnahmen der Fachaufsicht sind insbesondere der Erlass allgemeiner („ermessenslenkender“) Verwaltungsvorschriften und die **Erteilung von Weisungen**. Sie führen dazu, dass die Sachentscheidungskompetenz im Fall der Ausübung der Aufsicht auf die Aufsichtsbehörde übergeht. Die Verwaltungskompetenz des ausführenden Rechtsträgers steht also von Anfang an unter dem Vorbehalt der Ausübung der Fachaufsicht. Die Wahrnehmungskompetenz bleibt dagegen unangreifbar bei der ausführenden Behörde.

Beispiele: Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 III, IV GG); Durchführung von Pflichtaufgaben nach Weisung durch Gemeinden

(§ 2 III GemO). Sonderfall der Fachaufsicht sind die Aufgaben der unteren Verwaltungsbehörde. Sie obliegen entweder den Stadtkreisen bzw Großen Kreisstädten (§§ 13 I, 16 LVG) als Pflichtaufgaben nach Weisung (vgl. §§ 13 III, 25 LVG) oder dem LRA in seiner Funktion als Staatsbehörde (§ 1 III LKrO), wobei sich das Weisungsrecht aus der allgemeinen hierarchischen Ordnung ergibt (vgl. §§ 20 ff LVG).

Mangels Außenwirkung (es liegt kein beabsichtigter Eingriff in die Selbstverwaltungshoheit vor) sind fachaufsichtliche Weisungen im Kommunalrecht keine Verwaltungsakte, ggf. kommt aber eine Feststellungsklage der Gemeinde in Betracht, wenn die Weisung auf den organisatorischen Bereich übergreift oder sonstige Selbstverwaltungsinteressen der Gemeinde beeinträchtigt. Das Land kann sich im Wege der Bund-Länder-Streitigkeit vor dem BVerfG wehren.

Die fachaufsichtliche Weisung wird durch die Rechtsaufsicht durchgesetzt (vgl. §§ 129 II 2, 118 ff GemO – *lesen!*).

2. Vergleich: Bundesauftragsverwaltung / Weisungsaufgaben im Kommunalrecht

In beiden Fällen hat ein Rechtsträger Verwaltungskompetenzen auf einen anderen übertragen, der diese grds! aufgrund seiner Sachnähe und verwaltungstechnischen Ausstattung besser und schneller wahrnehmen kann. Allerdings hat er sich die Fachaufsicht und damit insbesondere das Weisungsrecht (siehe oben) vorbehalten, um evtl. Missbrauch der Kompetenzausübung zu verhindern und die Einheitlichkeit der Ausübung der Gesetze in seinem Bereich zu gewährleisten.

3. Vergleich: Bundestreue / Verhältnismäßigkeit bei Eingriffen in die Selbstverwaltungshoheit

Im Verhältnis Bund – Länder gilt der Grundsatz der Bundestreue. Im Verhältnis Länder – Gemeinden gilt nach h.M. (wegen der Ähnlichkeit des Art. 28 II GG mit den Grundrechten) das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Im Ergebnis muss aber jeder Kompetenzträger auf die Belange des anderen Rücksicht nehmen, unabhängig von der dogmatischen Herleitung.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

WuVs - Lösung - Seite 7

Hieraus folgt auch im kommunalen Bereich die Pflicht zur **möglichst informellen Regelung des Konflikts** und zur **vorherigen Androhung der Weisung** (vgl. § 118 III GemO). Gleiches ergibt sich für Weisungen i.R.d. Art. 85 III GG.

4. Bundesrat

Art. 51 GG: Mitglieder der Landesregierungen, die von diesen bestellt (und abbestellt) werden. Sie haben kein freies, sondern ein sog. „gebundenes Mandat“, d.h. sie unterliegen den Weisungen der jeweiligen Landesregierungen. Die Stimmen jedes Landes müssen einheitlich abgegeben werden (Art. 51 III GG). Es kann auch ein Mitglied der Delegation von den anderen dazu bevollmächtigt werden, die Stimmen für das jeweilige Land alle zusammen abzugeben. Wenn sich die Landesvertreter nicht an die ihnen erteilte Weisung halten, so ist ihre Stimmabgabe (im Außenverhältnis) dennoch gültig!

Hinweis: Zur problematischen Abstimmung beim Zuwanderungsgesetz lies BVerfG NJW 2003, 339.

5. Zustimmungspflichtigkeit von Änderungsgesetzen, Art. 78 GG

Die Zustimmungsbedürftigkeit des Gesetzes muss sich **ausdrücklich** aus einer **Vorschrift des Grundgesetzes** ergeben, wobei bereits die Zustimmungsbedürftigkeit einer einzigen Regelung das gesamte Gesetz zustimmungsbedürftig macht, da es sich um eine gesetzgebungstechnische Einheit handelt.¹¹

Aus der Zustimmungspflichtigkeit beim Erlass eines Gesetzes folgt allerdings nicht automatisch auch eine Zustimmungspflicht für jedes Änderungsgesetz. Bei Änderungsgesetzen ist davon auszugehen, dass der Bundesrat seine Zustimmung grds. mit der Zustimmung zum Ursprungsgesetz erteilen wollte. Änderungsgesetze sind deshalb nur dann zustimmungsbedürftig, wenn

- das Änderungsgesetz selbst neue Regelungen enthält, die ihrerseits die Zustimmungsbedürftigkeit auslösen, oder

- das Änderungsgesetz Bestimmungen eines Gesetzes abändert, die dessen Zustimmungsbedürftigkeit begründet hatten, oder
- das Änderungsgesetz zwar – formal gesehen – keine zustimmungsbedürftigen Teile eines Gesetzes abändert, diese Änderung aber die Bedeutung und Tragweite zustimmungsbedürftiger Teile des Gesetzes wesentlich verändert.

Begründet wird diese Auffassung mit der Funktion und Stellung des Bundesrates:¹² Die im GG vorgesehene Aufteilung der Staatsgewalt zwischen Bund und Ländern erfordert gewisse Schutzmechanismen dagegen, dass in dem föderalistischen Gefüge „Systemverschiebungen“ am GG vorbei im Wege der einfachen Gesetzgebung herbeigeführt werden. Diesem Zweck dienen die Zustimmungsvorbehalte im GG für den Bundesrat. Immer dann, wenn spezifische Länderinteressen oder Landesaufgaben vom Bund geregelt werden, soll der Bundesrat als Länderkammer über die Zustimmung gewisse Kontrollbefugnisse haben.

Dadurch, dass der Bundesrat jedoch dem ursprünglichen Gesetz als Ganzem seine Zustimmung erteilt hat, hat er auch sein Einverständnis mit der „Systemverschiebung“ erklärt, die darin liegt, dass statt des Landes der Bund zur Regelung einer bestimmten Materie zuständig ist. Dieser Einbruch in den den Ländern garantierten Bereich der verwaltungsmäßigen Ausführung der Bundesgesetze (Art. 83 GG) ist also durch die Zustimmung des Bundesrates (im Voraus) „genehmigt“ worden; spätere Regelungen auf diesem Gebiet im Wege der Änderung der Vorschriften bedürfen somit grds. keiner erneuten Zustimmung durch den Bundesrat.

Nach der Regelung des GG ist der Bundesrat zudem keine zweite Kammer eines einheitlichen Gesetzgebungsorgans, die gleichwertig mit der „ersten Kammer“ entscheidend am Gesetzgebungsverfahren beteiligt wäre. Dies folgt aus Art. 77 I GG wonach die Gesetze vom Bundestag beschlossen werden, der Bundesrat wirkt bei der Gesetzgebung lediglich mit (Art. 50 GG).

¹¹ BVerfGE 24, 184.

¹² BVerfG NJW 1974, 1751 ff.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

WuVs - Lösung - Seite 8

Dabei ist wesentlich, dass das Erfordernis der Zustimmung nach dem GG die Ausnahme ist. Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass Änderungsgesetze zu Zustimmungsgesetzen grds. selbst nicht erneut zustimmungspflichtig sind. Lediglich in den oben genannten Ausnahmefällen wird das Änderungsgesetz selbst zustimmungspflichtig.

6. Vertiefungsfall „Atomkompromiss“¹³

- (1) Die Eigenständigkeit des Landes ist bei der Auftragsverwaltung deutlich begrenzt, obwohl es sich um eine Form der Landesverwaltung handelt und die Länder hierbei Landesstaatsgewalt ausüben. Der Bund hat bei der Auftragsverwaltung im Vergleich zur landeseigenen Ausführung der Bundesgesetze weit stärkere Einwirkungsmöglichkeiten. Seine Aufsicht erstreckt sich nicht nur auf Gesetzmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Gesetzesausführung; vielmehr unterstehen die Landesbehörden von vornherein den Weisungen der obersten Bundesbehörden.¹⁴

Die Verwaltungskompetenz des Landes ist schon nach der ursprünglichen Zuweisung eingeschränkt. Unentziehbar steht dem Land nur die **Wahrnehmungskompetenz**, das Handeln und die Verantwortlichkeit nach außen im Verhältnis zu Dritten, zu. Sie bleibt stets Landesangelegenheit. Ein Eintrittsrecht des Bundes ist in Art. 85 GG nicht vorgesehen. Für die Sachbeurteilung und Sachentscheidung gilt dies hingegen nicht. Die **Sachkompetenz** liegt zwar zunächst ebenfalls beim Land. Der Bund kann sie aber nach eigener Entscheidung dadurch an sich ziehen, dass er das ihm zuerkannte Weisungsrecht in Anspruch nimmt. Diese Inanspruchnahme ist nicht auf Ausnahmefälle begrenzt und nicht weiter rechtfertigungsbedürftig. Sie ist nach Maßgabe des Art. 85 III GG als reguläres Mittel gedacht, damit sich bei Meinungsverschiedenheiten das hier vom Bund zu definierende Gemeinwohlinteresse durchsetzen kann. Die Sachkompetenz steht dem Land sonach von vornherein nur unter dem Vorbehalt ihrer Inanspruchnahme durch den Bund zu.¹⁵

Diese Grundsätze hat das BVerfG in BVerfGE 81, 310 vor dem Hintergrund entwickelt, dass sich das antragstellende Land gegen eine erteilte Weisung zur Wehr gesetzt hat. Hierum geht es im vorliegenden Rechtsstreit nicht. Die antragstellende Hessische Landesregierung beanstandet zunächst verschiedene Handlungen und Vorgehensweisen des Bundesministeriums für Umwelt (BMU) **gegenüber einem Dritten** und nicht auch ein Vorgehen des Bundes gegenüber Hessen. Diesem Handeln soll nach insoweit übereinstimmender Ansicht von Bund und Land **nicht die Eigenschaft einer bundesaufsichtlichen Weisung** zukommen. Die in BVerfGE 81, 310 [331 ff] entfalteten Überlegungen bedürfen deshalb mit Rücksicht auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt der Fortentwicklung.

- (2) Der Bund darf im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 GG) alle Aktivitäten entfalten, die er für eine effektive und sachgerechte **Vorbereitung und Ausübung seines grds. unbeschränkten Direktions- und Weisungsrechts** für erforderlich hält, soweit er dadurch die **Wahrnehmungskompetenz der Länder** nicht verletzt.
- (a) Bestandteil der Aktivitäten des Bundes zur *Vorbereitung und Ausübung seines Direktions- und Weisungsrechts* können auch unmittelbare Kontakte nach außen zu (betroffenen) Dritten, einschließlich etwaiger „informeller“ Absprachen sein. Allerdings ist dem Bund auch auf dem Feld informalen Handelns ein Selbsteintrittsrecht zu verwehren. Im Gegensatz zur Sachkompetenz ist die Wahrnehmungskompetenz des Landes unentziehbar.¹⁶ Das bedeutet konkret, dass dem Land die gesetzessvollziehende rechtsverbindliche Entscheidung mit Außenwirkung, vor allem der Erlass von Verwaltungsakten und der Abschluss öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen, vorbehalten bleibt. Auch im Bereich informalen Verwaltungshandelns ist es dem Bund deshalb verwehrt, gleichsam eine „Schattenverwaltung“ neben der der Länder aufzubauen.

¹³ BVerfG NJW 2002, 2859 = NVwZ 2002, 585.

¹⁴ BVerfGE 81, 310, 331 f.

¹⁵ BVerfGE 81, 310, 332.

¹⁶ BVerfGE 81, 310, 332.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

WuVs - Lösung - Seite 9

Der Bund darf die Materie „friedliche Nutzung der Kernenergie“ nicht im Widerspruch zu Art. 87c GG der Sache nach dadurch an sich ziehen, dass er für alle Länder den Vollzug des Atomgesetzes über den Einzelfall hinaus gleichsam generell durch Kontakte nach außen reguliert. Auch in jedem konkreten Einzelfall muss das informale Handeln des Bundes die vom Grundgesetz getroffene Kompetenzordnung wahren, damit die in Art. 85 GG niedergelegte Struktur der Bundesauftragsverwaltung unangetastet bleibt und eine verfassungsrechtlich unzulässige „Doppelzuständigkeit“ von vornherein vermieden wird.¹⁷ Aus diesem Grunde ist es unabdingbar, dass der Bund deutlich erkennbar – ausdrücklich oder konkludent – die ihm nach Art. 85 III GG zukommende **Sachkompetenz an sich zieht** und auf diese Weise das Land auf seine Wahrnehmungskompetenz beschränkt.¹⁸

- (b) Hat der Bund im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung die Sachkompetenz auf sich übergeleitet, so ist er berechtigt, sich in jeder von ihm für zweckmäßig gehaltenen Weise **Informationen zu beschaffen** – sei es von der Betreiberin, sei es von den Ländern selbst, sei es durch Sachverständigenkommissionen –, die er zur Ausübung seiner Sachkompetenz für erforderlich erachtet. Jeder Versuch, den Bund bei der Wahrnehmung seiner Sachkompetenz an die Mitwirkung des Landes zu binden und ihn in seiner Informationsbeschaffung einzuzengen, würde dessen Geschäftsleitungsbefugnis und Direktionsmacht, auf die die Wahrnehmung der Sachkompetenz letztlich ausgerichtet ist, entgegen der vom Grundgesetz vorgenommenen Aufgabenverteilung beschränken. Die Wahrnehmungskompetenz des Landes verletzt der Bund erst dann, wenn er nach außen gegenüber Dritten und gleichsam an Stelle der auf Grund der Wahrnehmungskompetenz des Landes für eine Entscheidung gegenüber Dritten berufenen Landesbehörde rechtsverbindlich tätig wird oder durch die Abgabe von Erklärungen, die einer rechtsverbindlichen Entscheidung gleichkommen, die Wahrnehmungskompetenz des Landes an sich zieht.
- (3) Der Bund hat im Streitfall die Wahrnehmungskompetenz des Landes Hessen in

Bezug auf die Nachrüstung des Kernkraftwerks Biblis, Block A, nicht verletzt.

Der Bund hat durch seine Weisung vom 29. Oktober 1999 seine Sachkompetenz in Anspruch genommen und dies dem zuständigen Landesministerium jedenfalls konkludent angezeigt. Ein Mehr an Förmlichkeiten war entbehrlich. Es ist auf den Empfängerhorizont abzustellen. Die Weisung über einen umfassenden Zustimmungsvorbehalt war von der zuständigen Landesbehörde ohne vernünftige Zweifel über deren Tragweite dahin aufzunehmen, dass der Bund die Genehmigungsverfahren maßgeblich im verfassungsrechtlichen Binnenverhältnis zu begleiten gedenkt.

Vor diesem Hintergrund läuft das Begehren der Antragsstellerin (Land Hessen) darauf hinaus, dass das Weisungsrecht des Bundes und die ihm vorausgehenden informellen Handlungen und Maßnahmen an die Mitwirkung des jeweils betroffenen Landes gebunden werden und damit das Weisungsrecht des Art. 85 III GG der Sache nach im Widerspruch zur verfassungsrechtlichen Struktur der Bundesauftragsverwaltung in eine Landesaufsicht über den Bund umgekehrt würde.

Die Antragstellerin hat nicht darzulegen vermocht, auf Grund welcher der von ihr angegriffenen Maßnahmen oder Handlungen des Bundes ihre Wahrnehmungskompetenz nach Maßgabe des Art. 85 GG und ihre auf dem Vollzug des Atomgesetzes beruhende *Entscheidungszuständigkeit über die Genehmigungsanträge der RWE rechtlich oder sachlich gebunden* worden wären.

- (4) Die Möglichkeit des Bundes, die Sachkompetenz an sich zu ziehen und das Land auf seine Wahrnehmungskompetenz zu beschränken, bedeutet allerdings nicht, dass der Bund bei deren Inanspruchnahme keinerlei Bindungen unterläge. Er unterliegt auch bei Ausübung seiner Sachkompetenz der **Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten**. Diese verlangt, dass sowohl der Bund als auch die Länder bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen die gebotene und ihnen zumutbare Rücksicht auf das Gesamtinteresse des Bundesstaates und auf die Belange der Länder nehmen.¹⁹

¹⁷ Vgl BVerfGE 36, 193, 202 f; BVerfGE 61, 149, 204; BVerfGE 67, 299, 321.

¹⁸ Hierzu BVerfGE 81, 310, 332.

¹⁹ Vgl hierzu auch BVerfGE 81, 310, 337 mwN.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

WuVs - Lösung - Seite 10

Der Bund verstößt gegen diese Pflicht nicht schon dadurch, dass er von einer ihm durch das Grundgesetz eingeräumten Kompetenz Gebrauch macht; vielmehr muss deren Inanspruchnahme missbräuchlich sein²⁰ oder gegen prozedurale Anforderungen verstoßen, die aus diesem Grundsatz herzuleiten sind.²¹ Welche Folgerungen aus dem Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens konkret zu ziehen sind, kann nur im Einzelfall beurteilt werden.

Mit Blick auf den hier zur Entscheidung stehenden Streitfall gilt:²² Die in vormals entwickelten Maßstäbe²³ lassen sich nicht ohne weiteres auf das hier zu beurteilende informale Handeln des Bundes übertragen, weil sie auf die Weisung nach Maßgabe des Art. 85 III GG abgestimmt sind. Hier ist jedoch der einer Weisung vorgelagerte Bereich der Informationsbeschaffung durch den Bund angesprochen. Es obliegt insoweit allein dessen Entscheidung, ob er sich im jeweils zu betrachtenden Einzelfall überhaupt noch veranlasst sieht, eine Weisung zu erteilen, nachdem er sich umfassend sachlich informiert und das allein von ihm zu definierende Gemeinwohlinteresse – bspw. in Form einer bundesaufsichtlichen Stellungnahme – dem betroffenen Land zur Kenntnis gebracht hat. Eine derartige Sachverhaltskonstellation liegt hier vor; denn die Hessische Landesregierung ist bezüglich der Nachrüstung des Kernkraftwerks Biblis (Block A) auf die Linie des BMU eingeschwenkt, weshalb dieses eine Weisung für dessen Nachrüstung für entbehrlich gehalten und sich – nach einmütiger Ansicht aller Beteiligten – auf eine bloße bundesaufsichtliche Stellungnahme beschränkt hat.

Das vorliegend zwischen Bund und Land begründete Verfassungsrechtsverhältnis im Sinne des Art. 85 GG – Bundesauftragsverwaltung – bezieht sich allein und ausschließlich auf die Nachrüstung des Kernkraftwerks Biblis (Block A) auf der Grundlage des Bescheides vom 27. März 1991. Hierauf ist zugleich die Wahrnehmungskompetenz des Landes Hessen beschränkt. Dieses verfassungsrechtliche Binnenverhältnis zwischen Bund und Land und das verwaltungsrechtliche Außenverhältnis zwischen dem Land Hessen und RWE als

Betreiberin des Kernkraftwerks Biblis (Block A) werden gleichsam durch den „Atomkonsens“ und den von der Bundesregierung beabsichtigten Ausstieg aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie überlagert. Hinsichtlich dieser Ziele und Maßnahmen des Bundes kann jedoch das Land Hessen keinerlei Rechtspositionen in Anspruch nehmen; denn der Ausstieg aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie sowie die Vereinbarung vom 14. Juni 2000 liegen außerhalb der Bundesauftragsverwaltung nach Maßgabe des Art. 85 GG. Das Land kann Informations- und Beteiligungsrechte nur in Bezug auf dieses der Bundesauftragsverwaltung zuzurechnende Verwaltungsverfahren beanspruchen.

In einem Überlagerungsbereich, wie er im Streitfall gegeben ist, in dem ein konkretes Verwaltungsverfahren anhängig ist und der Bund zugleich außerhalb dieses Verfahrens agiert, was nicht notwendig im Rahmen der Vorbereitung eines Gesetzes geschehen muss, können die Sphären von Bund und Land nicht eindeutig gegeneinander abgegrenzt werden. Zieht der Bund die ihm zukommende Sachkompetenz ausdrücklich oder konkludent an sich, ist das Land zugleich informiert. Es ist verfassungsrechtlich nicht geboten, dass der Bund seine weiteren Schritte in Wahrnehmung seiner Sachkompetenz dem Land offen legt oder es gar hieran beteiligt; denn die Inanspruchnahme der Sachkompetenz ist nicht auf Ausnahmefälle begrenzt und auch nicht weiter rechtfertigungsbedürftig.²⁴ Die Sachkompetenz verbleibt dem Bund ungeschmälert und ist nicht nur gefiltert durch eine Beteiligung des betroffenen Landes eröffnet. Das Land selbst genießt wirksamen, aber auch ausreichenden Schutz durch die *prozeduralen Anforderungen vor Erteilung einer Weisung*, wie sie in BVerfGE 81, 310 niedergelegt sind. Kommt es zu keiner Weisung und verbleibt das informale Handeln des Bundes im Vorfeld, kann der Bund alle die informalen Handlungen und Maßnahmen ohne Beteiligung des Landes vornehmen, die ihm auch zur Vorbereitung einer Weisung zur Verfügung stünden.

²⁰ BVerfGE 81, 310, 337 mwN.

²¹ BVerfGE 81, 310, 337.

²² Siehe BVerfG NJW 2002, 2859 = NVwZ 2002, 585.

²³ Siehe in BVerfGE 81, 310, 337.

²⁴ Vgl. BVerfGE 81, 310, 332.

Fall 9:

1. Konstruktives Misstrauensvotum, Art. 67 GG

§ 97 I GeschO BT: $\frac{1}{4}$ der Mitglieder des BT müssen Antrag stellen, wonach dem amtierenden Bundeskanzler das Misstrauen ausgesprochen werden soll und ein neuer Kanzler als Nachfolger zur Wahl gestellt werden soll. Bundestag muss mit der Mehrheit seiner Mitglieder (Art. 121 GG, § 1 BWahlG) den neuen Kanzler wählen, der Bundespräsident muss den so Gewählten ernennen.

Wichtig: Nur in Kombination möglich, d.h. ein „kanzlerloser Zustand“ ist nicht möglich (deshalb: „konstruktives“ Misstrauensvotum).

2. Bundestagsauflösung 1983 („Kohl“)²⁵

Für die Vertrauensfrage nach Art. 68 GG ist es **nicht erforderlich**, dass der Kanzler sie in der Absicht stellt, das Vertrauen ausgesprochen zu bekommen. Im Gegenteil: Das GG stellt ihm dieses Instrument auch für den Fall zur Verfügung, dass er die Vertrauensfrage zu dem Zweck stellt, das Vertrauen gerade nicht ausgesprochen zu bekommen, um dann von den ihm verfassungsrechtlich vorgesehenen Möglichkeiten Gebrauch zu machen.

Art. 68 GG darf *nur nicht* zu dem Zweck *missbraucht* werden, in einem für die herrschenden Parteien günstigen Zeitpunkt Neuwahlen zu ermöglichen und damit das vom GG ausdrücklich vorgesehene *Fehlen eines Selbstauflösungsrechts* des Bundestages zu *umgehen*.

Daher ist für das Stellen der Vertrauensfrage eine materielle Auflösungslage erforderlich, also eine **Lage der politischen Instabilität**, in der die politischen Kräfteverhältnisse im Bundestag die Handlungsfähigkeit des Kanzlers derart beeinträchtigen, dass er eine von stetigem Vertrauen der Mehrheit getragene Politik nicht sinnvoll zu verfolgen vermag. Hierbei hat der Kanzler einen breiten Einschätzungs- und Entscheidungsspielraum. Zunächst ist festzustellen, dass allein der Umstand der Kanzlerwahl aufgrund eines Misstrauens-

votums nicht ausreicht, eine derartige Situation zu begründen. Denn der über Art. 67 GG gewählte Kanzler genießt grds. die **gleiche demokratische Legitimation**.

Im Fall der Bundestagsauflösung 1982/83 hat das BVerfG das Vorliegen der instabilen Lage unter Berufung auf die konkreten Umstände (innere Instabilität der FDP in Folge des Koalitionswechsels) bejaht. Dem ist jedenfalls für den Fall zuzustimmen, dass alle im Bundestag vertretenen Parteien Neuwahlen wünschen, da dann ein Missbrauch des Art. 68 GG ausgeschlossen ist.

Wichtig: Diese Grundsätze hat das BVerfG in seinem Urteil zur „auflösungsgerichteten“ Vertrauensfrage des Bundeskanzlers Gerhard Schröder bestätigt und fortgeschrieben (**BVerfG L&L 2005, 635**). Dabei hat das Gericht deutlich auf seine nur eingeschränkte Prüfungskompetenz sowie die Tatsache hingewiesen, dass es drei Verfassungsorgane – Bundeskanzler, Bundestag, Bundespräsident – in der Hand haben, die Auflösung des Bundestages nach ihrer freien politischen Einschätzung zu verhindern.

3. Frage- und Informationsrechte der Abgeordneten aus Art. 38 I 2 GG

Zu den verfassungsrechtlichen Statusrechten des Abgeordneten gehört sein Rederecht,²⁶ das aber aus Gründen der Funktionsfähigkeit des Parlaments auf einen festgesetzten und der Materie angemessenen Zeitraum begrenzt werden kann.

Das Recht zur Verhandlung im BT setzt ferner voraus, dass ihm diejenigen Informationen nicht vorenthalten werden, die eine sachverständige Beurteilung des verhandelten Gegenstandes ermöglichen. Er hat daher für sachlich eingegrenzte konkrete Informationsverlangen ein Frage- und Informationsrecht sowie ein Recht auf Aktenvorlage und Einsichtnahme gegenüber der Bundesregierung und der Bundestagsverwaltung. Dieses Recht wird durch evtl. Geheimhaltungsbedürftigkeit der Materie und durch Grundrechte von Privatpersonen begrenzt, deren Angelegenheiten berührt sind.

²⁵ BVerfGE 62, 1; Herzog in: Maunz/Dürig, Art. 68 Rn71 ff.

²⁶ BVerfG NJW 1982, 2233; BVerfG DVBl 1998, 90, 92.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 1 – Lösung – Seite 1

Fall 1 - Lösung

ÜBERSICHT	LÖSUNG ¹
I. Vorgehen des V bzgl. der Wahlprüfung • Zunächst: Wahlprüfung durch den Bundestag II. Wahlprüfung vor dem BVerfG 1. Prüfungsumfang des BVerfG • Prüft auch EuWG als deutsches Gesetz und Grundlage der Wahl 2. Eingriff in Gleichheit der Wahl (+) a) Gleichheit der Wahl Art. 3 GG verletzt b) unterschiedlicher Erfolgswert auf EU-Ebene irrelevant c) Chancengleichheit der Parteien verletzt d) Ergebnis 3. Rechtfertigung des Eingriffes? Bei Europawahl (-) a) Funktionsfähigkeit oder Integrationsvorgang b) Strenger Maßstab da demokratiewahrend Für jedes Parlament nach Funktionsweise zu entscheiden • Europäische Parlament wirkt nicht vergleichbar auf Exekutive ein Bundestag c) Praktikabilität, nur politisches Argument (-) 4. 5%- Klausel Verfassungswidrig 5. Keine Aufhebung der Wahl • Gebot des geringsten Eingriffes Fortsetzung: Neues Gesetz mit 3 % Klausel? Bindungswirkung der Entscheidung des BVerfG zur 5 % Klausel? • § 31 II BVerfGG (-) • § 31 I BVerfGG (-)	I. Vorgehen des V gegen das Wahlergebnis. V müsste zunächst gegen die Wahl einen Einspruch zum Bundestag erheben. Gemäß § 26 EuWG wird über die Gültigkeit der Wahl zum Europaparlament im Wahlprüfungsverfahren entschieden. Art. 41 GG ist für die Prüfung der Wahlen zum Deutschen Bundestag und für die Wahlen zum Europäischen Parlament im Geltungsbereich des Grundgesetzes, solange kein einheitliches europäisches Wahlrecht besteht (§ 26 Abs. 1 u. 3 EuWG) einschlägig. Es gelten im Wesentlichen die Bestimmungen des Wahlprüfungsgesetzes², welches in Art. 41 Abs. 3 GG für die Prüfung der Bundestagswahl vorgesehen ist. V müsste § 2 Wahlprüfungsgesetz beachten: ⇒ Prüfung nur auf Einspruch. ⇒ Den Einspruch kann jeder Wahlberechtigte einlegen ⇒ Der Einspruch ist schriftlich beim Bundestag einzureichen und zu begründen ⇒ Der Einspruch müsste binnen zweier Monate nach dem Wahltag beim Bundestag eingehen. Danach entscheidet der Wahlprüfungsausschuss nach mündlicher Verhandlung und legt sein Ergebnis dem Bundestag vor. Dieser entscheidet mit einfacher Mehrheit und stellt den Beschluss den beteiligten mit Rechtsmittelbelehrung zu. II. Verfahren vor dem BVerfG, § 26 Abs. 3 EuWG, § 48 BVerfGG Wahlberechtigter muss binnen zweier Monate nach Entscheidung des Bundestages Wahlbeschwerde erheben und begründen.

¹ Dem Fall liegen im Wesentlichen die Entscheidungen des BVerfG **L&L 2012, 199** bzw. der Fortsetzung BVerfG **L&L 2014, 438** zugrunde.

² Sartorius Nr. 32

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 1 – Lösung – Seite 2

1. Prüfungsumfang des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht hat im Rahmen einer Wahlprüfungsbeschwerde nach § 26 Abs. 3 EuWG nicht nur die Einhaltung der Vorschriften des für die Europawahl geltenden Wahlrechts durch die zuständigen Wahlorgane und den Deutschen Bundestag zu gewährleisten, sondern prüft auch, ob die Vorschriften des Europawahlgesetzes mit den Vorgaben der Verfassung in Einklang stehen. Insoweit gilt für die Europawahl nichts anderes als für die Wahl zum Deutschen Bundestag³.

Das Europawahlgesetz ist deutsches Bundesrecht und als solches am Grundgesetz und den darin enthaltenen Grundsätzen der Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit der politischen Parteien zu messen.

Anmerkung: In der Entscheidung ging das BVerfG auf den Direktwahlakt der EU ein, welcher in Art. 3 die 5 %-Klausel zulässt. Diese grundsätzliche Zulässigkeit gibt den Mitgliedstaaten lediglich die Möglichkeit (nicht die Verpflichtung), eine Mindestschwelle für die Sitzvergabe von landesweit bis zu (höchstens) 5 % der abgegebenen Stimmen festzulegen, begründet aber keine entsprechende Verpflichtung und lasse daher die Reichweite der innerstaatlichen Überprüfung der Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit den durch das Grundgesetz verbürgten Wahlgrundsätzen unberührt. Wegen dieser unverbindlichen Vorgabe liegt auch kein Fall der Vorlage nach Art. 267 AEUV vor.

2. Verstoß der 5 % Klausel gegen Wahlgrundsätze

- a) **Gleichheit der Wahl.** Die 5%-Klausel könnte gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl verstoßen. Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl, der sich für die Wahl der deutschen Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Gebot formaler Wahlgleichheit ergibt⁴, sichert die vom **Demokratieprinzip vorausgesetzte Ega-**

lität der Bürger⁵ und ist eine der wesentlichen Grundlagen der Staatsordnung⁶. Er gebietet, dass alle Wahlberechtigten das aktive und passive Wahlrecht möglichst in formal gleicher Weise ausüben können und ist im Sinne einer **strengen und formalen Gleichheit** zu verstehen⁷. Aus dem Grundsatz der Wahlgleichheit folgt für das Wahlgesetz, dass die Stimme eines jeden Wahlberechtigten grundsätzlich den gleichen Zählwert und die gleiche rechtliche Erfolgsschance haben muss. Alle Wähler sollen mit der Stimme, die sie abgeben, den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis haben.

Hier haben die Stimmen, welche für kleine Parteien abgegeben werden, nicht den gleichen Erfolgswert.

Dieser Verstoß könnte schon auf europarechtlicher Ebene gerechtfertigt sein.

b) Rechtfertigung aus Europarecht?

Gemäß der im Unionsvertrag (Art. 14 Abs. 2, Abs. 1 Satz 3 EUV) vorgesehenen degressiv proportionalen Kontingentierung der auf die Mitgliedstaaten entfallenden Sitze bestehen erhebliche Unterschiede im Stimmgewicht der Unionsbürger aus den einzelnen Mitgliedstaaten. Auf einen Malteser oder Luxemburger Abgeordneten entfallen erheblich weniger Wählerstimmen als auf einen deutschen Abgeordneten⁸.

Das Primärrecht der Union selbst gibt also Unterschiede im Erfolgswert der Stimmen für die Wahl zum Europäischen Parlament vor. Die unionsrechtlich vorgegebenen Unterschiede im Stimmgewicht betreffen aber allein das Verhältnis zwischen den Wählern aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten. Sie bringen zum Ausdruck, dass das Europäische Parlament als supranationales Vertretungsorgan auch nach dem Vertrag von Lissabon - wenngleich nunmehr unter besonderer Betonung der Unionsbürgerschaft - eine Vertretung der miteinander vertraglich verbundenen Völker bleibt⁹.

Diese Besonderheit verlangt weder noch rechtfertigt sie Abstriche vom wahlrechtlichen Grundsatz der Erfolgswertgleichheit der Stimmen im Verhältnis zwischen den Teilnehmern an der Wahl des deutschen Abgeordnetenkontingents.

³ Vgl. dazu BVerfGE 121, 266 <295>; 123, 39 <68>.

⁴ Vgl. BVerfGE 51, 222 <234 f.>.

⁵ Vgl. BVerfGE 51, 222 <234 f.>.

⁶ Vgl. BVerfGE 6, 84 <91>; 11, 351 <360>.

⁷ Vgl. BVerfGE 51, 222 <234>; 78, 350 <357 f.>; 82, 322 <337>; 85, 264 <315>.

⁸ Vgl. BVerfGE 123, 267 <373 f.>.

⁹ Vgl. BVerfGE 123, 267 <371 ff.>

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 1 – Lösung – Seite 3

Anmerkung: Es muss also deutlich getrennt werden zwischen den Stimmen aller europäischen Bürger und der deutschen Wahlberechtigten. Der Europavertrag bevorzugt kleine Länder bei deren Repräsentanz im Parlament. Auch im Bundesrat sind z.B. kleine Länder wie Bremen und Saarland stimmenmäßig überrepräsentiert gegenüber z.B. NRW oder Bayern, was aber durch den Grundsatz des Föderalismus wohl zu rechtfertigen ist. Diese Berücksichtigung der unterschiedlichen Staatengröße (Malta, Luxemburg hätten bei strikten Proportionalität wohl gar keine Abgeordneten oder das Parlament müsste noch sehr viel größer sein) kann aber keine Rechtfertigung für Unterschiede im deutschen Europawahlrecht liefern.

- c) **Chancengleichheit der Parteien.** Die 5 % Klausel könnte gegen die Chancengleichheit der Parteien verstoßen. Der aus **Art. 21 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG** abzuleitende Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien verstoßen.

Die unter dem Gesichtspunkt demokratisch gleicher Wettbewerbschancen auch für sonstige politische Vereinigungen im Sinne des § 8 Abs. 1 EuWG gebotene Chancengleichheit verlangt, dass jeder Partei, jeder Wählergruppe und ihren Wahlbewerbern grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten im gesamten Wahlverfahren und damit gleiche Chancen bei der Verteilung der Sitze eingeräumt werden. Das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit hängt eng mit den Grundsätzen der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl zusammen, die ihre Prägung durch das Demokratieprinzip erfahren. Deshalb ist in diesem Bereich - ebenso wie bei der durch die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl verbürgten gleichen Behandlung der Wähler - Gleichheit in einem strikten und formalen Sinn zu fordern. Wenn die öffentliche Gewalt in den Parteienwettbewerb in einer Weise eingreift, die die Chancen der politischen Parteien verändern kann, sind ihrem Ermessen daher besonders enge Grenzen gezogen.

Anmerkung: Gerade die Verbindung mit dem grundlegend wichtigen Demokratieprinzip führt hier zu einer starken Ermessensreduzierung beim Spielraum des Gesetzgebers!

Die Fünf-Prozent-Sperrklausel in § 2 Abs. 7 EuWG bewirkt eine Ungleichgewichtung der Wählerstimmen. Während der Zählwert aller Wählerstimmen von der Fünf-Prozent-Sperrklausel unberührt bleibt, werden die Wählerstimmen hinsichtlich ihres Erfolgs werts ungleich behandelt, je nachdem, ob die Stimme für eine Partei abgegeben wurde, die 5 % der Stimmen oder mehr auf sich vereinigen konnte, oder für eine Partei, die an der Fünf-Prozent-Sperrklausel gescheitert ist. Diejenigen Wählerstimmen, welche für Parteien abgegeben worden sind, die mindestens 5 % der Stimmen erhalten haben, haben unmittelbaren Einfluss auf die Sitzverteilung nach dem Verhältnisausgleich. Dagegen bleiben diejenigen Wählerstimmen, die für Parteien abgegeben worden sind, die an der Sperrklausel gescheitert sind, ohne Erfolg.

Anmerkung: Bei der Europawahl 2009 waren etwa 10 % der Stimmen ohne Erfolg

Auch verschiedenen Parteien, welche eigentlich auf Grund Ihrer Stimmenanzahl ein Mandat errungen hätten, bleiben wegen der Sperrklausel ohne Erfolg, so dass hier ein **Eingriff in die in Art. 21 i.V.m. 3 GG gewährt Chancengleichheit** vorliegt.

- d) **Ergebnis:** Die 5 % Klausel stellt also ein Eingriff sowohl in die Gleichheit der Wahl bzgl. des Erfolgswertes der Stimme des einzelnen Bürgers als auch in die Chancengleichheit für die Parteien dar.

3. Rechtfertigung der 5% Klausel.

Die Einschränkung der Gleichheit der Wahl und der passiven Chancengleichheit durch die 5%-Klausel kann gerechtfertigt sein.

Der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit unterliegt ebenso wie der Grundsatz der Chancengleichheit der politischen Parteien keinem absoluten Differenzierungsverbot. Allerdings folgt aus dem formalen Charakter der Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien, dass dem Gesetzgeber bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen verbleibt. Bei der Prüfung, ob eine Differenzierung innerhalb der Wahlrechtsgleichheit gerechtfertigt ist, ist grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen¹⁰.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 120, 82 <106>

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg Fall 1 – Lösung – Seite 4

Differenzierungen bedürfen zu ihrer Rechtfertigung stets eines besonderen, sachlich legitimierten, „zwingenden“ Grundes¹¹. Das bedeutet nicht, dass sich die Differenzierung als verfassungsrechtlich notwendig darstellen muss. Differenzierungen im Wahlrecht können vielmehr auch durch **Gründe gerechtfertigt werden, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann**¹².

Anmerkung: Rechtfertigung also aus der Verfassung selbst oder Gründe, welche direkt aus der Verfassung abgeleitet werden können. Wichtig ist, dass Sie genauso wichtig sind wie die (demokratiegestützten) Grundsätze der Wahlgleichheit (aktiv und passiv), also für den Wert der Wählerstimmen und die Chancengleichheit der Parteien.

Hierzu zählen insbesondere die mit der Wahl verfolgten Ziele. Dazu gehört die

⇒ Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs¹³ bei der politischen Willensbildung des Volkes¹⁴ und, damit zusammenhängend,

⇒ die Sicherung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung¹⁵. Eine große Zahl kleiner Parteien und Wählervereinigungen in einer Volksvertretung kann zu ernsthaften Beeinträchtigungen ihrer Handlungsfähigkeit führen. Eine Wahl hat aber nicht nur das Ziel, überhaupt eine Volksvertretung zu schaffen, sondern sie soll auch ein funktionierendes Vertretungsorgan hervorbringen¹⁶. Was der Sicherung der Funktionsfähigkeit dient und dafür erforderlich ist, kann indes nicht für alle zu wählenden Volksvertretungen einheitlich beantwortet werden¹⁷. Dies beurteilt sich vielmehr nach den konkreten Funktionen des zu wählenden Organs¹⁸.

Differenzierende Regelungen müssen zur Verfolgung ihrer Zwecke geeignet und erforderlich sein. Ihr erlaubtes Ausmaß richtet sich daher auch danach, mit welcher Intensität in das - gleiche - Wahlrecht eingegriffen wird. Ebenso können gefestigte Rechtsüberzeugungen und Rechtspraxis Beachtung finden. Der Gesetzgeber hat sich bei seiner Einschätzung und Bewertung allerdings nicht an abstrakt konstruierten Fallgestaltungen, sondern an der politischen Wirklichkeit zu orientieren. Gegen die Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien wird verstoßen, wenn der Gesetzgeber mit der Regelung ein Ziel verfolgt hat, das er bei der Ausgestaltung des Wahlrechts nicht verfolgen darf, oder wenn die Regelung nicht geeignet und erforderlich ist, um die mit der jeweiligen Wahl verfolgten Ziele zu erreichen¹⁹.

Eine einmal als zulässig angesehene Sperrklausel darf daher nicht als für alle Zeiten verfassungsrechtlich unbedenklich eingeschätzt werden. Vielmehr kann sich eine abweichende verfassungsrechtliche Beurteilung ergeben, wenn sich die Verhältnisse wesentlich ändern. Findet der Wahlgesetzgeber in diesem Sinne veränderte Umstände vor, so muss er ihnen Rechnung tragen. Maßgeblich für die Frage der weiteren Beibehaltung der Sperrklausel sind allein die aktuellen Verhältnisse.

Anmerkung: Diese letzte Argumentation wurde nach SV nicht von Ihnen erwartet, sie war in der Originalentscheidung notwendig, da das BVerfG die 5% Klausel vor längerer Zeit ja für verfassungskonform erklärt hatte. Es stellt aber auch klar, dass der Verweis auf „Weimarer Verhältnisse“ nicht immer richtig bleiben muss.

Für Differenzierungen im Rahmen der Wahlrechtsgleichheit verbleibt dem Gesetzgeber nur ein enger Spielraum.

¹¹ Vgl. BVerfGE 6, 84 <92>; 51, 222 <236>; 95, 408 <418>

¹² Vgl. BVerfGE 1, 208 <248>; 6, 84 <92>; 95, 408 <418>

¹³ Z.B. Integration der dänischen Minderheit in Schleswig-Holstein.

¹⁴ BVerfGE 95, 408 <418>

¹⁵ Vgl. BVerfGE 1, 208 <247 f.>; 6, 84 <92 ff.>; 51, 222 <236>; 82, 322 <338>; 95, 408 <418>; 120, 82 <111>

¹⁶ Vgl. BVerfGE 51, 222 <236>.

¹⁷ Hier liegt der Knackpunkt für die unterschiedliche Bewertung der 5 % Klausel bei der Europawahl und bei deutschen Wahlen. Für eine Kommunalwahl sah das BVerfG in der Funktionsfähigkeit keine Rechtfertigung der 5 % Klausel Vgl. BVerfGE 120, 82 <111 f.>

¹⁸ Vgl. BVerfGE 120, 82 <112>.

¹⁹ Vgl. BVerfGE 120, 82 <107>

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg Fall 1 – Lösung – Seite 5

Weil mit Regelungen, die die Bedingungen der politischen Konkurrenz berühren, die parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird und gerade bei der Wahlgesetzgebung die Gefahr besteht, dass die jeweilige Parlamentsmehrheit sich statt von gemeinwohlbezogenen Erwägungen vom Ziel des eigenen Machterhalts leiten lässt, unterliegt aber die Ausgestaltung des Wahlrechts hier einer strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle²⁰.

Anmerkung: Das BVerfG setzt seinen Prüfungsmaßstab und –dichte herauf, da die „gesetzgebenden“ großen Parteien sich hier unliebsame Konkurrenz und „Newcomer“ vom Leibe halten können. Hier muss das BVerfG auch auf eine Verteidigung der Demokratie gegen die etablierten Parteien achten.

Der Einsatz einer Sperrklausel beruht auf der Einschätzung des Gesetzgebers von der Wahrscheinlichkeit des Einzugs von **Splitterparteien**, dadurch zu erwartender **Funktionsstörungen** und deren Gewichts für die Aufgabenerfüllung der Volksvertretung. Bei dieser Prognoseentscheidung darf der Gesetzgeber nicht auf die Feststellung der rein theoretischen Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Volksvertretung zur Rechtfertigung des Eingriffs abstellen²¹. Die allgemeine und abstrakte Behauptung, durch den Wegfall der Fünf-Prozent-Sperrklausel werde der Einzug kleinerer Parteien und Wählergemeinschaften in die Vertretungsorgane erleichtert und dadurch die Willensbildung in diesen Organen erschwert, kann einen Eingriff in die Grundsätze der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit nicht rechtfertigen. Deshalb genügt die bloße „Erleichterung“ oder „Vereinfachung“ der Beschlussfassung nicht. **Nur die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit** der Vertretungsorgane kann die Fünf-Prozent-Sperrklausel rechtfertigen²².

Anmerkung: Zur Funktionsstörung durch Splitterparteien. vgl. auch BVerfGE 120, 82 <113 ff. aus 2008 zur Schleswig-Holstein-Wahl.

Funktionsstörung im Europäischen Parlament?

Der Bundestag ist das zentrale Gesetzgebungsorgan und muss auch im Eilfall die politischen Geschicke des Staates durch Gesetze gestalten können. Der Bundestag wählt den Kanzler und trägt auch die exekutiven Entscheidungen der Regierung. Bei der Wahl zum Bundestag besitzt die Fünf-Prozent-Sperrklausel Relevanz. Sollte diese Sperrklausel wegfallen, bestünde die Gefahr, dass im Falle eintretender Funktionsbeeinträchtigungen das Parlament aufgrund seiner veränderten strukturellen Zusammensetzung **nicht mehr in der Lage wäre, die gesetzlichen Regelungen zu ändern**, weil die erforderliche Mehrheit nicht mehr zustande käme.

Diese Situation kann aber im Europäischen Parlament nicht eintreten, solange zur Regelung des Wahlrechts nicht das Europäische Parlament selbst, sondern der Deutsche Bundestag berufen ist. Die Einschätzung des Gesetzgebers, dass das Europäische Parlament mit dem Wegfall der Fünf-Prozent-Sperrklausel in seiner Funktionsfähigkeit beeinträchtigt werde, kann sich nicht auf ausreichende tatsächliche Grundlagen stützen und trägt den spezifischen Arbeitsbedingungen des Europäischen Parlaments sowie seiner Aufgabenstellung nicht angemessene Rechnung.

Anmerkung: Dies ist in einer Klausur zum Thema 5%-Klausel im EU-Parlament das Einfallstor um Ihre Kenntnisse der Europäischen Verfassung zu testen.

Gesetzgebungsakte in der EU:

Vorschlag der Kommission

Die Europäische Kommission hat in der Regel das alleinige Initiativrecht. Das Europäische Parlament (Art. 225 AEUV) und der Rat der Europäischen Union (Art. 241 AEUV) können die Europäische Kommission auffordern, einen Rechtsakt vorzuschlagen. (Auch Unionsbürgern über Bürgerinitiative möglich Art. 11 EU-Vertrag und Art. 24 AEUV).

²⁰ Vgl. BVerfGE 120, 82 <105>

²¹ Vgl. BVerfGE 120, 82 <113>

²² BVerfGE 120, 82 <114>

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 1 – Lösung – Seite 6

Beteiligung des Parlaments in unterschiedlichem Umfang (in der unterschiedlichen Beteiligung liegt der wesentliche Unterschied der verschiedenen Verfahren):

- ⇒ keine Beteiligung (!)
- ⇒ Anhörung
- ⇒ Zustimmung
- ⇒ gleichberechtigte Mitentscheidung (ordentliches Gesetzgebungsverfahren)

Anhörung der beratenden Organe

Entscheidung des Rates

Faktisch kann der Wegfall von Sperrklauseln und äquivalenter Regelungen zwar eine spürbare Zunahme von Parteien mit einem oder zwei Abgeordneten im Europäischen Parlament bewirken (1). Jedoch fehlt es an greifbaren Anhaltspunkten dafür, dass damit strukturelle Veränderungen innerhalb des Parlaments einhergehen, die eine Beeinträchtigung seiner Funktionsfähigkeit hinreichend wahrscheinlich erwarten lassen (2). Durch die europäischen Verträge sind die Aufgaben des Europäischen Parlaments so ausgestaltet, dass es an zwingenden Gründen, in die Wahl- und Chancengleichheit durch Sperrklauseln einzugreifen, fehlt (3).

- (1) Es ist zu erwarten, dass ohne Sperrklausel und äquivalente Regelungen die Zahl der Parteien im Europäischen Parlament zunimmt, die nur mit einem oder zwei Abgeordneten vertreten sind. Auch ist davon auszugehen, dass es sich dabei um eine nicht zu vernachlässigende Größenordnung handelt.

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Sperrklausel kommt es nicht allein auf die - mit dem Wegfall der Fünf-Prozent-Sperrklausel in Deutschland einhergehende - Erweiterung der Zahl der aus Deutschland kommenden Parteien an. Gleichwohl muss die verfassungsrechtliche Beurteilung einer nationalen Sperrklausel im Hinblick auf die Wahl- und Chancengleichheit berücksichtigen, dass auch andere Mitgliedstaaten Hemmnisse für den Zugang kleiner Parteien zum Europäischen Parlament beseitigen.

Im Europäischen Parlament sind bereits gegenwärtig mehr als 160 Parteien vertreten.

Unter ihnen sind in Anbetracht der Gesamtstimmzahl logischerweise viele, die nur über einen oder zwei Sitze verfügen.

Dass zahlreiche kleine Parteien Abgeordnete entsenden, ist **im Unionsrecht angelegt**. Für die bevölkerungsschwächeren Mitgliedstaaten sind überproportionale Mandatskontingente vorgesehen, auch um diesen eine repräsentative Abbildung nationaler Mehrheitsverhältnisse zu ermöglichen; die unterschiedlichen politischen Strömungen aus den Mitgliedstaaten mit kleinerer Bevölkerungszahl sind aber zwangsläufig oft nur durch einzelne Abgeordnete vertreten. Die Festlegung auf das Verhältniswahlrecht (Art. 1 Abs. 1 des Direktwahlaktes) führt, da sich in allen Mitgliedstaaten mehrere Parteien zur Wahl stellen, tendenziell zur Entsendung von Parteien mit geringer Mandatszahl.

Präzise Prognosen zur künftigen Zusammensetzung des Europäischen Parlaments sind nicht möglich.

- (2) Es ist nicht erkennbar, dass durch die Zunahme von Parteien mit einem oder zwei Abgeordneten im Europäischen Parlament dessen Funktionsfähigkeit mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit beeinträchtigt würde. Die im Europäischen Parlament gebildeten Fraktionen verfügen über eine erhebliche Integrationskraft, die durch den Einzug weiterer Parteien ebenso wenig grundsätzlich in Frage gestellt werden dürfte wie ihre Absprachefähigkeit. Das Risiko einer zu erwartenden Erschwerung der Mehrheitsbildung ist mit der Gefahr einer Funktionsbeeinträchtigung nicht gleichzusetzen.
- (3) Die **Fünf-Prozent-Sperrklausel findet bei der Wahl zum Deutschen Bundestag ihre Rechtfertigung im Wesentlichen darin, dass die Bildung einer stabilen Mehrheit für die Wahl einer handlungsfähigen Regierung und deren fortlaufende Unterstützung nötig** ist und dieses Ziel durch eine Zersplitterung des Parlaments in viele kleine Gruppen gefährdet wird. Der Gesetzgeber darf daher das mit der Verhältniswahl verfolgte Anliegen, dass die politischen Meinungen in der Wählerschaft im Parlament weitestgehend repräsentiert werden, in gewissem Umfang zurückstellen²³.

²³ Vgl. BVerfGE 120, 82 <111> m.w.N.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 1 – Lösung – Seite 7

Eine vergleichbare Interessenlage besteht auf europäischer Ebene **nach den europäischen Verträgen** nicht.

⇒ Das Europäische Parlament wählt keine Unionsregierung, die auf seine fortlaufende Unterstützung angewiesen wäre.

⇒ Ebenso wenig ist die Gesetzgebung der Union von einer gleichbleibenden Mehrheit im Europäischen Parlament abhängig, die von einer stabilen Koalition bestimmter Fraktionen gebildet würde und der eine Opposition gegenüberstünde.

⇒ Erst recht gilt dies für Informations- und Kontrollrechte des Parlaments, die auch in den nationalen Parlamenten herkömmlich als Minderheitenrechte ausgestaltet sind.

Deshalb fehlt es an zwingenden Gründen, in die Wahl- und Chancengleichheit durch Sperrklauseln einzugreifen, so dass der mit der Anordnung des Verhältniswahlrechts auf europäischer Ebene verfolgte Gedanke repräsentativer Demokratie (Art. 10 Abs. 1 EUV) im Europäischen Parlament uneingeschränkt entfaltet werden kann. Damit steht im Einklang, dass der europäische Normgeber keine Notwendigkeit gesehen hat, selbst Vorkehrungen gegen eine „Zersplitterung“ des Europäischen Parlaments zu treffen, sondern den Mitgliedstaaten lediglich die Möglichkeit eröffnet hat, für die Sitzvergabe eine Mindestschwelle festzulegen (Art. 3 des Direktwahlaktes) oder vergleichbar wirkende Gestaltungen des Wahlrechts vorzusehen.

Ergebnis: Die Gesichtspunkte, die für die Aufrechterhaltung der Fünf-Prozent-Sperrklausel unabhängig von der Behauptung einer rechtserheblichen Funktionsbeeinträchtigung des Europäischen Parlaments vorgetragen worden sind, sind nicht geeignet, den Eingriff in die Wahl- und Chancengleichheit zu rechtfertigen.

Der Gesetzgeber darf größere Parteien auch nicht allein deshalb bevorzugen, weil sie ihre Auffassungen auf europäischer Ebene voraussichtlich mit größerer Aussicht auf Erfolg als kleine Parteien einbringen können.

Anmerkung: Die im Originalverfahren vorgetragenen „technischen“ Aspekte, wie dass auf große Fraktionen und deren Abgeordnete besser im Sinne der deutschen Interessen einzuwirken sei und dass auch die Rückkoppelung aus dem EU-Parlament in den Bundestag bei weniger Fraktionen besser sei, ließ das BVerfG nicht gelten, da solche politische Praktikabilität keinen Eingriff in Wahlgrundsätze rechtfertigen können.

4. Ergebnis:

Da die Fünf-Prozent-Sperrklausel mit den Grundsätzen der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien (Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 21 Abs. 1 GG) unvereinbar ist, führt dies entsprechend § 78 Satz 1, § 95 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG zur **Nichtigerklärung** des § 2 Abs. 7 EuWG.

V könnte also mit seiner DeFaPa auf den Einzug ins Europaparlament hoffen, wenn er gut 1 % der Wählerstimmen erreicht.

5. Aufhebung der Wahl?

Nach § 48 BVerfGG stellt das BVerfG die Rechtsverletzung fest, wenn es nicht die Wahl für ungültig erklärt.

Das BVerfG muss weiter untersuchen ob der erfolgreiche Angriff auf die 5 % Klausel im Rahmen der Wahlanfechtung zur Aufhebung der letzten Europawahl führt, da dies ja da eigentliche Anliegen des Wahlprüfungsverfahrens nach Art. 41 GG ist:

In den Fällen, in denen ein Wahlfehler sich auf die Mandatsverteilung ausgewirkt haben kann, unterliegt die Wahlprüfungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts **dem Gebot des geringstmöglichen Eingriffs**. Die Entscheidung darf nur so weit gehen, wie es der festgestellte Wahlfehler verlangt. Daraus folgt unter anderem, dass vorrangig ein Wahlfehler zu berichtigen ist, statt die Wahl zu wiederholen²⁴.

Grundsätzlich ist das **Erfordernis des Bestandsschutzes einer gewählten Volksvertretung, welches seine rechtliche Grundlage im Demokratiegebot findet, mit den Auswirkungen des festgestellten Wahlfehlers abzuwägen**.

²⁴ BVerfGE 121, 266 <311>

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 1 – Lösung – Seite 8

Wahlbeeinflussungen einfacher Art und ohne jedes Gewicht führen nicht zur Ungültigkeit einer Wahl. Der Eingriff in die Zusammensetzung einer gewählten Volksvertretung durch eine wahlprüfungsrechtliche Entscheidung muss vor dem Interesse an der Erhaltung der gewählten Volksvertretung gerechtfertigt werden. Je tiefer und weiter die Wirkungen eines solchen Eingriffs reichen, desto schwerer muss der Wahlfehler wiegen, auf den dieser Eingriff gestützt wird. Die Ungültigerklärung einer gesamten Wahl setzt einen erheblichen Wahlfehler von solchem Gewicht voraus, dass ein Fortbestand der in dieser Weise gewählten Volksvertretung unerträglich erschiene.

Eine Berichtigung des Wahlfehlers scheidet hier aus. Zwar könnte rechnerisch ermittelt werden, auf welche bislang unberücksichtigt gebliebenen Kandidaten kleiner Parteien ohne Anwendung der Fünf-Prozent-Sperrklausel nunmehr bei der Sitzverteilung Mandate entfallen und welche Abgeordneten größerer Parteien umgekehrt bei einer Neuverteilung ihren Sitz im Europäischen Parlament verlieren würden. Allerdings lässt sich der Wahlfehler nicht in dieser Weise eingrenzen, da er sich - über die einzelnen Mandate hinaus - auf die Wahl als Ganzes ausgewirkt haben kann.

Es ist davon auszugehen, dass die Fünf-Prozent-Sperrklausel auch bei der Europawahl zu strategischem Wahlverhalten geführt hat. Sie mag eine nicht bestimmbare Anzahl von Wählern davon abgehalten haben, eine an sich bevorzugte kleinere Partei zu wählen, sie kann aber auch bewirkt haben, dass eine Reihe von Wählern ihre Stimme demonstrativ kleinen Parteien gerade im Hinblick auf die voraussichtliche Folgenlosigkeit dieser Wahlentscheidung gegeben hat. Diese Effekte, die im Übrigen auch das Verhältnis der kleineren Parteien untereinander betreffen könnten, haben sich möglicherweise auf das Gesamtergebnis in nicht bestimmbarer Umfang ausgewirkt. Hinzu kommt, dass das Wahlrecht eine derartige Neuberechnung nicht kennt und demgemäß keine Vorkehrungen für den Übergang der Mandate trifft.

Eine Neuwahl ist deshalb nicht anzuordnen, weil im Rahmen der gebotenen Abwägung dem Bestandsschutz der im Vertrauen auf die Verfassungsmäßigkeit des Europawahlgesetzes zusammengesetzten

Volksvertretung Vorrang gegenüber der Durchsetzung des festgestellten Wahlfehlers einzuräumen ist.

Der mit der Anordnung einer Neuwahl verbundene Eingriff beträfe zwar nicht das Europäische Parlament als Ganzes, sondern nur das deutsche Kontingent an Abgeordneten. Eine Neuwahl in Deutschland wirkte sich gleichwohl störend und mit nicht abschätzbaren Folgen auf die laufende Arbeit des Europäischen Parlaments aus, insbesondere auf die Zusammenarbeit der Abgeordneten in den Fraktionen und Ausschüssen. Dem daraus resultierenden Interesse am Bestandsschutz der erworbenen Mandate steht ein Wahlfehler gegenüber, der nicht als „unerträglich“ anzusehen ist. Er betrifft nur einen geringen Anteil der Abgeordneten des deutschen Kontingents und stellt die Legitimation der deutschen Abgeordneten des Europäischen Parlaments in ihrer Gesamtheit nicht in Frage.

Hinzu kommt, dass das Bundesverfassungsgericht die Fünf-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht mit Beschluss vom 22. Mai 1979 (BVerfGE 51, 222) für verfassungsgemäß gehalten hat. Dies lässt es hinnehmbar erscheinen, dass der anlässlich der Europawahl 2009 erstmals festgestellte Wahlfehler für diese Wahl ohne Folgen bleibt.

Fortsetzung: (3%-Klausel):

Problem: Ergibt sich aus der Nichtigkeitserklärung der 5 % - Klausel bereits eine Bindungswirkung des Gesetzgebers, keine erneute Mindestprozentklausel zu erlassen?

• **Verbot aus § 31 II BVerfGG**

Nach dieser Norm kommt der Nichtigkeitserklärung Gesetzesrang zu. Die Legislative ist aber nicht an einfaches Gesetz gebunden, sondern kann Gesetze aufheben und erlassen.

• **Verbot aus § 31 I BVerfGG**

Hiernach sind auch die Verfassungsorgane an die Entscheidungen des BVerfG gebunden. Allerdings muss der Gesetzgeber auch inhaltsgleiche Gesetze erneut erlassen können, wenn die durch die Änderungen der rechtlichen und/oder tatsächlichen Rahmenbedingungen erforderlich erscheint. Hierzu ist er innerhalb seiner Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsverantwortung u.U. sogar verpflichtet.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg **Fall 1 – Lösung – Seite 9**

Im vorliegenden Fall hat das BVerfG selbst ausgeführt, dass die 5 % Klausel immer an der jeweiligen politischen Wirklichkeit zu messen ist und hatte diese auch deshalb im Jahr 1979 nicht beanstandet.

Letztendlich kann das Problem offenbleiben, da der Gesetzgeber das Gesetz auf eine 3 % Klausel geändert hat.

In jedem Fall müsste die Legislative nach dem **Grundsatz der Organtreue** die einschlägigen Urteile des BVerfG beachten und würdigen.

Der Rest wie Grundfall.

Anmerkung zur aktuellen Lage bzgl. der Europawahl.

Nach Art. 223 AEUV hat das Europäische Parlament das Recht, einen „Entwurf für die erforderlichen Bestimmungen für die allgemeine unmittelbare Wahl seiner Mitglieder nach einem einheitlichen Verfahren in allen Mitgliedstaaten oder im Einklang mit den allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsätzen“ zu verabschieden. Dieser Entwurf kann dann vom Ministerrat noch verändert werden und braucht schließlich die Zustimmung aller nationalen Regierungen, um in Kraft zu treten.

Bis heute regelt das europäische Wahlgesetz, der sogenannte Direktwahlakt, allerdings nur einige Minimalanforderungen für das Wahlverfahren, die genaue Umsetzung bleibt den einzelnen Mitgliedstaaten überlassen. Auch der Entwurf, der nun im Parlament beschlossen wurde, strebt kein einheitliches Verfahren an. Er führt aber einige neue Bestimmungen in den Direktwahlakt ein, durch die die Verfahren in den verschiedenen Mitgliedstaaten zumindest etwas ähnlicher werden sollen.

Wahlmodalitäten für das Europäische Parlament:

Für die Wahl des Europäischen Parlaments gelten sowohl europäische Rechtsvorschriften, in denen die gemeinsamen Regeln für alle Mitgliedstaaten festgelegt sind, als auch besondere nationale Vorschriften, die von Land zu Land unterschiedlich sind.

In den gemeinsamen Vorschriften sind das Prinzip des Verhältniswahlrechts und bestimmte Unvereinbarkeiten mit einem Mandat als Mitglied des Europäischen Parlaments festgelegt.

Zahlreiche andere wichtige Fragen, wie das genaue Wahlsystem, das verwendet wird, und die Anzahl der Wahlkreise, sind im nationalen Recht geregelt.

Rechtsgrundlage

Artikel 14 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) und die Artikel 20, 22 bis 250, 290 und 223 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV);

Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten der Versammlung, Beschluss 2002/772/EG, Euratom des Rates vom 25. Juni 2002 und 23. September 2002 zur Änderung dieses Akts.

Gemeinsame Vorschriften

a. Grundsätze

Die Mitglieder des Europäischen Parlaments (MdEP) müssen in allgemeiner unmittelbarer Wahl bestimmt werden.

Es gilt der Grundsatz der Verhältniswahl.

Durch den Vertrag von Lissabon wurde dem aktiven und passiven Wahlrecht der Status eines Grundrechts verliehen (Artikel 39 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union).

b. Geltende gemeinsame Bestimmungen

Aktives und passives Wahlrecht von Nichtstaatsangehörigen

Gemäß Artikel 22 Absatz 2 AEUV „besitzt jeder Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, in dem Mitgliedstaat, in dem er seinen Wohnsitz hat, das aktive und passive Wahlrecht bei den Wahlen zum Europäischen Parlament“.

Wahlsystem:

Die Wahl muss nach dem Verhältniswahlsystem auf der Grundlage von Listen oder von übertragbaren Einzelstimmen erfolgen.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 1 – Lösung – Seite 10

Unvereinbarkeiten

Gemäß Artikel 7 des Akts von 1976 ist das Mandat als Mitglied des Europäischen Parlaments unvereinbar mit der Eigenschaft als Mitglied der Regierung eines Mitgliedsstaats, als Mitglied der Kommission, als Richter, Generalanwalt oder Kanzler des Gerichtshofs, als Mitglied des Rechnungshofs, des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, von Ausschüssen oder Gremien, die gemäß den Verträgen für die Verwaltung der gemeinschaftlichen Fonds oder für eine ständige und unmittelbare Aufgabe geschaffen wurden, als Mitglied des Verwaltungsrates oder des Direktoriums der Europäischen Investitionsbank bzw. als Bediensteter dieser Bank und ganz allgemein als Beamter oder Bediensteter bei den Organen und Einrichtungen der Europäischen Union oder der ihnen angeschlossenen Fachgremien.

Im Jahr 1997 bzw. 2001 wurden neue Unvereinbarkeiten eingeführt (Mitglied des Ausschusses der Regionen, Mitglied des Direktoriums der Europäischen Zentralbank, Bürgerbeauftragter der Europäischen Union, und, was der wichtigste Punkt ist, Abgeordneter eines nationalen Parlaments).

Im November 2015 hat das Europäische Parlament einen Vorschlag zur Weitergehenden Regelungen der Wahl auf europäischer Ebene eingereicht. Dieser sieht auch eine Sperrklausel vor. Eine solche könnte verbindlich auf europäischer Ebene eingeführt werden und würde dann auch für Deutschland gelten. Das BVerfG stützt seine Entscheidungen darauf, dass es keine europäische Rechtspflicht für eine Sperrklausel gab (welche Anwendungsvorrang hätte) und somit deutsches Recht Anwendung findet.

Aktuelle Rechtsprechung zum Thema Wahlen

BVerfG Beschluss vom 19. September 2017 - 2 BvC 46/14 -, NVwZ 2018, 648; DÖV 2017, 1004

1. **Das BVerfG bestätigt die Zulässigkeit der 5 % Klausel bei der Wahl zum Bundestag.**

Begründung: Die Entscheidungen zur Unzulässigkeit der 5- bzw. 3 % Klausel sind auf die Bundestagswahl nicht übertragbar,

da eine vergleichbare Gefährdung der Arbeitsfähigkeit und fehlende Möglichkeit zur Korrektur nicht gegeben sind.

2. **Die Einführung einer Eventualstimme für den Fall, dass die über die Hauptstimme mit Priorität gewählte Partei wegen der Fünf-Prozent-Sperrklausel nicht die erforderliche Mindeststimmzahl erhält, ist verfassungsrechtlich nicht geboten.**

Begründung: Wegen der mit der Einführung eines Eventualstimmrechts verbundenen erhöhten Komplexität und Fehleranfälligkeit des Wahlvorgangs sowie der Herbeiführung neuer Eingriffe in die Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl, kann das Eventualstimmrecht nicht als zweifelsfrei „gleich geeignetes, milderes Mittel“ zur Erreichung des Ziels der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Parlaments angesehen werden. Es wäre demgemäß Sache des Gesetzgebers, die mit einem Eventualstimmrecht verbundenen Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwägen und auf dieser Grundlage über dessen Einführung zu entscheiden.

BVerfG vom 29.01.2019 - 2 BvC 62/14, NJW 2019, 1201

Die Regelungen der Wahlrechtsausschlüsse für in allen ihren Angelegenheiten Betreute gemäß § 13 Nr. 2 des Bundeswahlgesetzes (BWahlG) und für wegen Schuldunfähigkeit in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebrachte Straftäter gemäß § 13 Nr. 3 BWahlG sind verfassungswidrig.

Ein Ausschluss vom aktiven Wahlrecht kann zwar verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn bei einer bestimmten Personengruppe davon auszugehen ist, dass die Möglichkeit zur Teilnahme am Kommunikationsprozess zwischen Volk und Staatsorganen nicht in hinreichendem Maße besteht. § 13 Nr. 2 BWahlG genügt aber den Anforderungen an gesetzliche Typisierungen nicht, weil der Kreis der von der Regelung Betroffenen ohne hinreichenden sachlichen Grund in gleichheitswidriger Weise bestimmt wird. § 13 Nr. 3 BWahlG ist schon nicht geeignet, Personen zu erfassen, die regelmäßig nicht über die Fähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess verfügen.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 1 – Lösung – Seite 11

Sachverhalt: § 13 Nr. 2 BWahlG sieht einen Wahlrechtsausschluss von Personen vor, für die ein Betreuer in allen Angelegenheiten nicht nur durch einstweilige Anordnung bestellt ist. § 13 Nr. 3 BWahlG schließt Personen vom Wahlrecht aus, die sich wegen einer im Zustand der Schuldunfähigkeit im Sinne des § 20 StGB begangenen Tat gemäß § 63 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus befinden. Die Beschwerdeführer zu 1., 2. und 4. bis 8., die teils dem erst- und teils dem letztgenannten Personenkreis zugehören und deshalb an der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag am 22. September 2013 nicht teilnehmen durften, wenden sich nach erfolglosem Einspruch gegen die Gültigkeit der Wahl beim Deutschen Bundestag mit ihrer Wahlprüfungsbeschwerde gegen diese Ausschlüsse und rügen einen Verstoß gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG und das Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.

Wesentliche Erwägungen des Senats:

1. Der Wahlrechtsausschluss von Personen, für die zur Besorgung aller ihrer Angelegenheiten ein Betreuer nicht nur durch einstweilige Anordnung bestellt ist (§ 13 Nr. 2 BWahlG), verstößt sowohl gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG als auch gegen das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.
 - a) § 13 Nr. 2 BWahlG schränkt den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl ein, ohne dass dieser Eingriff den Schutz gleichwertiger Verfassungsgüter in einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen an gesetzliche Typisierungen genügenden Weise bewirkt.
 - aa) Indem § 13 Nr. 2 BWahlG Personen, für die ein Betreuer zur Besorgung aller ihrer Angelegenheiten bestellt ist, von der Ausübung des Wahlrechts ausschließt, ist die Gewährleistung, dass jeder Staatsbürger sein Wahlrecht in gleicher Weise ausüben kann, betroffen.
 - bb) Dieser Eingriff in den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl ist nicht gerechtfertigt.
- (1) Zwar ist § 13 Nr. 2 BWahlG auf den Schutz eines der Allgemeinheit der Wahl gleichgewichtigen Verfassungsguts gerichtet. Die Regelung zielt auf die Sicherung des Cha-

rakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes. Da der Wahlakt integrierende Wirkung nur auf der Basis freier und offener Kommunikation zwischen den Regierenden und den Regierten entfalten kann, kann ein Ausschluss vom aktiven Wahlrecht gerechtfertigt sein, wenn bei einer bestimmten Personengruppe davon auszugehen ist, dass die Möglichkeit zur Teilnahme am Kommunikationsprozess zwischen dem Volk und den Staatsorganen nicht in hinreichendem Umfang besteht.

- (2) Es ist jedoch bereits zweifelhaft, ob § 13 Nr. 2 BWahlG zur Erreichung dieses Ziels überhaupt geeignet ist. Im Ergebnis kann dies aber dahinstehen. Denn die Vorschrift verfehlt jedenfalls die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine gesetzliche Typisierung, weil sie den Kreis der von einem Wahlrechtsausschluss nach § 13 Nr. 2 BWahlG Betroffenen ohne hinreichenden sachlichen Grund in gleichheitswidriger Weise bestimmt. § 13 Nr. 2 BWahlG schließt eine Person vom Wahlrecht aus, wenn diese nicht nur krankheits- oder behinderungsbedingt unfähig ist, alle ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen, sondern wenn darüber hinaus aus diesem Grund ein Betreuer in allen Angelegenheiten bestellt wurde. Aufgrund des im Betreuungsrecht durchgängig geltenden Erforderlichkeitsgrundsatzes unterbleibt eine Betreuerbestellung aber, soweit der Betreuungsbedürftigkeit des Betroffenen auf andere Weise, insbesondere durch die Erteilung einer Betreuungs- oder Vorsorgevollmacht oder hinreichende Versorgung im Familienkreis, Rechnung getragen werden kann. In diesem Fall ist § 13 Nr. 2 BWahlG nicht anwendbar und das Wahlrecht bleibt erhalten. Letztlich ist der Wahlrechtsentzug damit davon abhängig, ob wegen des Vorliegens eines konkreten Betreuungsbedarfs die Bestellung eines Betreuers erfolgt oder ob diese aufgrund fehlender Erforderlichkeit unterbleibt. Dieser im Tatsächlichen von Zufälligkeiten abhängige Umstand stellt aber keinen sich aus der Natur der Sache ergebenden Grund dar, der geeignet ist, die wahlrechtliche Ungleichbehandlung gleichermaßen Betreuungsbedürftiger zu rechtfertigen. Demgegenüber kann auch nicht geltend gemacht werden, der Gesetzgeber knüpfe mit seiner Entscheidung an ein streng formales Merkmal an, das klar, einfach feststellbar und bei der Organisation von Wahlen besonders praktikabel sei.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 1 – Lösung – Seite 12

Zwar ist der Gesetzgeber berechtigt, die Durchführbarkeit der Massenveranstaltung Wahl durch typisierende Regelungen sicherzustellen, die nicht allen Besonderheiten Rechnung tragen müssen. Der Gesetzgeber muss solchen verallgemeinernden Regelungen aber realitätsgerecht den typischen Fall als Maßstab zugrunde legen. Zudem müssen die Vorteile der Typisierung im rechten Verhältnis zu der mit ihr notwendig verbundenen Ungleichheit stehen. Voraussetzung hierfür ist, dass die durch die Typisierung eintretenden Härten und Ungerechtigkeiten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar sind, lediglich eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und das Ausmaß der Ungleichbehandlung gering ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Bei der Bundestagswahl 2013 waren insgesamt 81.220 Vollbetreute von einem Wahlrechtsausschluss gemäß § 13 Nr. 2 BWahlG betroffen. Welchen Anteil dieser Personenkreis an der Gesamtzahl der Personen hat, die zur Besorgung aller ihrer Angelegenheiten nicht in der Lage sind, ist nicht feststellbar. Auch der Gesetzgeber hat sich mit dieser Frage nicht befasst. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass die Gruppe der umfassend Betreuungsbedürftigen, bei der mangels Erforderlichkeit eine Betreuerbestellung unterbleibt, nicht wesentlich kleiner oder sogar größer ist als die Gruppe der vom Wahlrecht ausgeschlossenen Vollbetreuten. Der Eingriff in den Gleichheitssatz ist dabei auch nicht geringfügig, da den Betroffenen durch den Wahlrechtsausschluss das vornehmste Recht des Bürgers im demokratischen Staat dauerhaft entzogen wird.

- b) Neben der Verletzung des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl verstößt § 13 Nr. 2 BWahlG auch gegen das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Die Regelung führt zu einer Schlechterstellung von Menschen mit Behinderungen. Dieser Eingriff in den Regelungsgehalt des Schlechterstellungsverbots gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist aus den vorstehenden Gründen nicht gerechtfertigt.
2. § 13 Nr. 3 BWahlG verstößt ebenfalls gegen verfassungsrechtliche Anforderungen. Der Ausschluss des Wahlrechts von Personen, die sich aufgrund einer Anordnung nach § 63 in Verbindung mit § 20 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus befinden, ist weder mit dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl gemäß Art. 38 Abs. 1

Satz 1 GG noch mit dem Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG vereinbar.

- a) Auch § 13 Nr. 3 BWahlG greift in den Regelungsgehalt des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl ein, ohne dass dieser Eingriff durch zwingende Gründe gerechtfertigt wäre.
- aa) § 13 Nr. 3 BWahlG ist bereits nicht geeignet, Personen zu erfassen, die typischerweise nicht über die Fähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess verfügen. Weder die Feststellung der Schuldunfähigkeit zum Tatzeitpunkt und die ihr zugrundeliegenden Krankheitsbilder gemäß § 20 StGB noch das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen für die Anordnung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB erlauben den Rückschluss auf das regelmäßige Fehlen der für die Ausübung des Wahlrechts und die Erfüllung der Integrationsfunktion der Wahl erforderlichen Einsichtsfähigkeit. Nach § 20 StGB handelt ohne Schuld, wer bei der Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder wegen Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. Dass unter diesen Voraussetzungen zugleich typischerweise vom Fehlen der für die Ausübung des Wahlrechts erforderlichen Einsichtsfähigkeit ausgegangen werden kann, erschließt sich nicht, da die zur Begründung der Schuldunfähigkeit geeigneten Krankheitsbilder nicht regelmäßig mit der Unfähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess verbunden sind. Hinzu kommt, dass „Schuldunfähigkeit“ im Sinne von § 20 StGB kein dauerhafter und deliktsunabhängiger Zustand ist, sondern allein die geistige Verfassung einer Person bei Begehung der Tat beschreibt. Auch die in § 63 StGB vorausgesetzte länger andauernde und in die Zukunft reichende Beeinträchtigung der geistigen oder seelischen Gesundheit ändert nichts an dem Befund, dass die der Feststellung derartiger Beeinträchtigungen zugrundeliegenden Krankheitsbilder ungeeignet sind, die Annahme regelmäßig vorliegender wahrrechtlicher Entscheidungsunfähigkeit zu begründen.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 1 – Lösung – Seite 13

bb) Außerdem führt auch § 13 Nr. 3 BWahlG zu Ungleichbehandlungen, für die sachliche Gründe nicht ersichtlich sind. Im Ergebnis wird der Kreis der Regelungsbetroffenen in willkürlicher, die Fähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess unzureichend berücksichtigender Weise bestimmt. So bleibt das Wahlrecht erhalten, wenn von der Anordnung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nur deshalb abgesehen wird, weil von dem Schuldunfähigen keine Gefahr erheblicher Straftaten ausgeht. Dabei ist in solchen Fällen aber nicht auszuschließen, dass die wahlrechtliche Einsichts- und Entscheidungsfähigkeit in gleichem oder gar höherem Umfang eingeschränkt ist als bei einem gemäß § 13 Nr. 3 BWahlG vom Wahlrecht Ausgeschlossenen. Gleiches gilt in Fällen der Unterbringung strafrechtlich nicht in Erscheinung getretener Personen wegen Fremd- oder Selbstgefährdung nach den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften. Auch in diesen Fällen bleibt, obwohl vergleichbare Diagnosen vorliegen können, das Wahlrecht unangetastet. Wird in Fällen, in denen die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus neben einer Freiheitsstrafe angeordnet wird, durch das zuständige Gericht gemäß § 67 Abs. 2 StGB bestimmt, dass die Strafe ganz oder teilweise vor der Maßregel zu vollziehen ist, bleibt das Wahlrecht bei unveränderter Einsichtsfähigkeit zunächst bestehen und entfällt erst mit Beginn des Maßregelvollzugs, ohne dass dafür eine wahlrechtlich tragfähige Begründung erkennbar wäre. Schließlich lebt das Wahlrecht eines schuldunfähigen, in der Psychiatrie Untergebrachten wieder auf, wenn er gemäß § 67a StGB nachträglich in eine Entziehungsanstalt überwiesen wird. Wird er allerdings anschließend wieder in ein psychiatrisches Krankenhaus zurücküberwiesen, entfällt das Wahlrecht von neuem.

b) § 13 Nr. 3 BWahlG verstößt außerdem gegen das Verbot einer Benachteiligung wegen einer Behinderung gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Der Wahlrechtsausschluss von Personen, die wegen einer im Zustand der Schuldunfähigkeit begangenen Straftat in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht sind, entzieht Menschen mit Behinderungen das zentrale demokratische Mitwirkungsrecht. Dieser Eingriff in den Schutzgehalt von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist aus den dargelegten Gründen nicht gerechtfertigt.

- **OVG NRW, Beschluss vom 24.09.2021 - 13 B 1534/21.NE -**

Eilantrag gegen die Maskenpflicht im Wahllokal ohne Erfolg

Zeitlich begrenzte einmalige Verpflichtung zum Tragen einer Maske im Wahlraum führt nicht zu einer unangemessenen Beschränkung der Rechte der Betroffenen.

- **Verfassungsgerichtshof Berlin, Beschluss vom 15.09.2021 - VerfGH 107 A/21**

Erfolgsloser Eilantrag eines britischen Staatsangehörigen

Fehlende Unionsbürgerschaft durch Brexit begründet Versagung des aktiven und passiven Wahlrechts zu einer Bezirksversammlungenversammlung in Berlin.

- **VG Chemnitz, Beschluss vom 13.09.2021 - 7 L 393/21 -**

"HÄNGT DIE GRÜNEN"-Plakate mit dem in kleineren Buchstaben beigefügten Satz "Macht unsere nationalrevolutionäre Bewegung durch Plakatwerbung in unseren Parteifarben in Stadt und Land bekannt." dürfen mit mindestens 100 m Abstand bleiben. Eilantrag der Partei "DER DRITTE WEG" gegen die Beseitigungsanordnung der Stadt Zwickau unter Maßgabe erfolgreich.

- **BVerfG, Beschluss vom 20.07.2021 - 2 BvF 1/21 -**

Eilantrag zum Bundeswahlgesetzänderungsgesetz abgelehnt. Prüfung der Reform im Hauptverfahren

Das Bundesverfassungsgericht hat einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung von 216 Mitgliedern des Deutschen Bundestages aus den Fraktionen BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, DIE LINKE und FDP abgelehnt, mit dem die Antragstellerinnen und Antragsteller erreichen wollten, dass Art. 1 Nr. 3 bis 5 des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes (BWahlGÄndG) bei der Wahl zum 20. Deutschen Bundestag nicht anzuwenden ist. Die Entscheidung, ob die zur Prüfung gestellten Neuregelungen des Bundeswahlgesetzes mit dem Grundgesetz vereinbar sind, bleibt dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 1 – Lösung – Seite 14

Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 07.07.2021 - 5 A 1386/20 -

Stadt Mönchengladbach durfte NPD-Wahlplakat abhängen lassen. Wahlplakate mit dem Slogan „Stoppt die Invasion: Migration tötet“ stellt Volksverhetzung dar.

- **Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 13.04.2021 - 2 BvE 1/21 und 2 BvE 3/21 -**

Anträge auf Aussetzung der Regelungen zu Unterstützungsunterschriften oder Absenkung der Quoren bei der Bundestagswahl unzulässig. Anträge mangels ausreichender Begründung unzulässig

- **Verfassungsgerichtshof Berlin, Beschluss vom 18.03.2021 - VerFGH 4/21, VerFGH 20/21 und VerFGH 20 A/21 -**

Erfolgreicher Antrag mehrerer kleiner Parteien im Organstreitverfahren. Anzahl der erforderlichen Unterstützungsunterschriften für die Berlin-Wahl infolge der Corona-Pandemie verfassungswidrig

Der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin (Verfassungsgerichtshof) hat den Anträgen der ÖDP, der Piratenpartei, der Freien Wähler, der Tierschutzpartei und der Mieterschutzpartei auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit der nach dem Landeswahlgesetz derzeit erforderlichen Unterstützungsunterschriften für die Zulassung zu den Wahlen in Berlin am 26. September 2021 stattgegeben. Er stellt fest, dass die derzeitigen Regelungen des Landeswahlgesetzes verfassungswidrig sind.

- **Verfassungsgerichtshof BW, Beschluss vom 09.11.2020, 1 GR 101/20**

Organstreitverfahren des Landesverbandes Baden-Württemberg von Die Linke u. a. gegen den Landtag: Anzahl der notwendigen Unterstützungsunterschriften für einen Wahlvorschlag in Zeiten der Sars-CoV-2-Pandemie zu hoch - Änderung des Landtagswahlrechts durch den Landtag erforderlich

Der Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg hat entschieden, dass der Landtag die Antragsteller in ihrem Recht auf Chancengleichheit dadurch verletzt, dass er es unterlassen hat, das Erfordernis, 150 Unterstützungsunterschriften für einen Wahlvorschlag beizubringen, an die anhaltende Sars-CoV-2-Pandemie anzupassen.

Der Antragsgegner verletzt die Antragsteller in ihrem Recht auf Chancengleichheit der Parteien aus Art. 26 Abs. 4, Art. 27 Abs. 3 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 Satz 1 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland dadurch, dass er es unterlassen hat, das Unterschriftenerfordernis des § 24 Abs. 2 Satz 2 des Landtagswahlgesetzes an die anhaltende Sars-CoV-2-Pandemie anzupassen.

- **Verwaltungsgericht Köln, Beschluss vom 09.03.2021 - 6 L 385/21 -**

Keine Berücksichtigung von Einzelbewerbern im "Wahl-O-Mat" Baden-Württemberg erforderlich. Eilantrag eines Einzelbewerbers abgelehnt.

Im "Wahl-O-Mat", der Wahlentscheidungshilfe der Bundeszentrale für politische Bildung für die Landtagswahl in Baden-Württemberg am 14. März 2021, müssen die politischen Thesen von Einzelbewerbern nicht berücksichtigt werden. Das hat das Verwaltungsgericht Köln entschieden.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 2 – Lösung – Seite 1

Fall 2 - Lösung

ÜBERSICHT

Frage 1:

Rechtmäßigkeit der Wahl

I. Fehler im Wahlverfahren

nicht ersichtlich.

II. Verfassungswidrigkeit der Vorschriften über das Minderjährigenwahlrecht

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit der §§ 12, 14 GemO
2. Zwischenergebnis
3. Materielle Verfassungsmäßigkeit der §§ 12, 14 GemO
 - a) Verstoß gegen Grundsatz der Volkssouveränität
 - b) Verstoß gegen Art. 38 II GG (analog)
 - c) Verstoß gegen die Wahlrechtsgrundsätze gem. Art. 28 I S. 2 GG
 - aa) Verstoß gegen Allgemeinheit der Wahl
 - bb) Verstoß gegen Gleichheit der Wahl
 - cc) Verstoß gegen Freiheit der Wahl
 - d) Unzulässiger Eingriff in das Elternrecht gemäß Art. 6 II GG
 - e) Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG
 - f) Verstoß gegen das Rechtsstaatsgebot gemäß Art. 20 III GG

4. Zwischenergebnis

III. Ergebnis

Frage 2:

Erfolgsaussichten des Eilantrags

I. Zulässigkeit der einstweiligen Anordnung gemäß § 32 BVerfGG

1. Eröffnung des Rechtswegs zum Bundesverfassungsgericht
2. Zuständigkeit des BVerfG
3. Antragsbefugnis
4. Zwischenergebnis

II. Ergebnis: Antrag unzulässig.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 2 – Lösung – Seite 2

LÖSUNG

Frage 1: Rechtmäßigkeit der Wahl

Fraglich ist, ob der Wahl ein Wahlfehler anhaftet. In Betracht kommen sowohl Mängel im Wahlverfahren, als auch die Verfassungswidrigkeit der Vorschriften über das Minderjährigenwahlrechts.

I. Fehler im Wahlverfahren

Vorliegend könnten dem Wahlverfahren selbst Fehler anhaften.

II. Verfassungswidrigkeit der Vorschriften über das Minderjährigenwahlrecht

Mangels Fehler im Wahlverfahren könnte sich ein Wahlfehler aus der Verfassungswidrigkeit der Vorschriften über das Minderjährigenwahlrecht ergeben. Somit ist zu prüfen, ob die §§ 12, 14 GemO sowohl formell als auch materiell verfassungsmäßig sind.

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit der §§ 12, 14 GemO

Die §§ 12, 14 GemO müssten formell verfassungsmäßig sein.

Gemäß Art. 70ff GG liegt die Gesetzgebungskompetenz grundsätzlich bei den Ländern. Auch gibt Art. 28 I S. 2 GG den Ländern nur vor, welche Wahlrechtsgrundsätze diese bei kommunalen Wahlen zu beachten haben, belässt ihnen aber die Gesetzgebungskompetenz zur Ausgestaltung¹. Somit liegt die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern. Mängel im Gesetzgebungsverfahren sind nicht ersichtlich.

2. Zwischenergebnis

Somit sind die §§ 12, 14 GemO formell verfassungsmäßig.

3. Materielle Verfassungsmäßigkeit der §§ 12, 14 GemO

Fraglich ist jedoch, ob die Vorschriften auch materiell verfassungsmäßig sind.

a) Verstoß gegen Grundsatz der Volkssouveränität

§§ 12, 14 GemO könnten gegen den Grundsatz der Volkssouveränität als Ausfluss des Demokratieprinzips gemäß Art. 20 II S. 1 GG verstoßen. Danach geht alle Staatsgewalt vom Volke aus. Sie wird nach Art. 20 II S. 1 GG unter anderem in Wahlen ausgeübt. Art. 20 II S. 1 GG bestimmt zudem neben der Kodifikation des Grundsatzes der Volkssouveränität auch, wer das Volk ist, das in Wahlen, Abstimmungen und durch besondere Organe der drei Gewalten Staatsgewalt ausübt².

Das Volk, von dem die Staatsgewalt in der Bundesrepublik Deutschland ausgeht, wird nach dem Grundgesetz von den Deutschen, das heißt den deutschen Staatsangehörigen und ihnen nach Art. 116 I GG gleichgestellten Personen (sog. Status-Deutsche), gebildet. Auch die den Ländern zukommende Staatsgewalt kann gemäß Art. 20 II, Art. 28 I S. 1 GG nur von denjenigen getragen werden, die Deutsche i.S.d. Art. 116 I GG sind.

Allerdings unterscheidet das Grundgesetz selbst zwischen Angehörigen des Staatsvolks und -innerhalb dieser Gruppe- den Wahlberechtigten, vgl. Art. 38 II GG. Hieraus könnte sich eine Altersbeschränkung ergeben. Jedoch enthält das Grundgesetz keinen Anhaltspunkt dafür, dass unter den Begriff des Staatsvolkes nur solche Deutsche fallen, die mindestens 18 Jahre alt seien. Auch lässt sich ein solches Verständnis nicht aus der Festlegung eines Wahlalters für Bundestagswahlen ableiten, dass sich aus Art. 38 II GG ergibt³. Die Länder sind im Rahmen des Art. 28 I S. 2 GG bei der Ausgestaltung des Landeswahlrechts grundsätzlich frei. Art. 38 GG bindet sie dabei nicht, weil die Vorschrift nur Regelungen für die Wahl zum Deutschen Bundestag trifft und daher für die Ausgestaltung des Wahlrechts durch den Landesgesetzgeber keine maßstabsbildende Kraft entfaltet⁴.

¹ BeckRS 2018, 22849; ThürVerfGH, Urt. v. 25.09.2018 – VerfGH 24/1.

² BVerfGE 83, 37 ff.

³ BeckRS 2018, 20326; BVerwG, Urt. v. 13.06.2018 – BVerwG 10 C 8.17.

⁴ BeckRS 2018, 20326; BVerwG, Urt. v. 13.06.2018 – BVerwG 10 C 8.17.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 2 – Lösung – Seite 3

Zudem bedürfte es der Vorschrift des Art. 38 II GG nicht, ergäbe sich bereits aus dem Demokratieprinzip und dem Prinzip der Volkssouveränität eine Altersgrenze für die Wahlberechtigung⁵. Art. 20 II GG schreibt daher selbst **keine Altersgrenze** für das aktive Wahlrecht vor. Vielmehr wird über Art. 28 I S. 1 GG den Ländern lediglich der Grundsatz der Volkssouveränität und der Volksbegriff nach Art. 20 II GG verbindlich vorgegeben. Hätte das Grundgesetz die Wahlberechtigung auch für Landtags- oder Kommunalwahlen festlegen wollen, hätte es einer Bezugnahme auf Art. 38 II GG in Art. 28 I GG bedurft.

b) Verstoß gegen Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 II GG analog

Aus den vorstehenden Gründen scheidet auch eine analoge Anwendung der in Art. 38 II GG kodifizierten Wahlrechtsgrundsätze aus. Es mangelt bereits an einer planwidrigen Regelungslücke.

c) Verstoß gegen die in Art. 28 I S. 2 GG niedergelegten Wahlrechtsgrundsätze

Jedoch könnte das Minderjährigenwahlrecht gegen die in Art. 28 I S. 2 GG niedergelegten Wahlrechtsgrundsätze verstoßen. Danach muss das Volk in den Ländern, Kreisen und Gemeinden eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist.

aa) Verstoß gegen Allgemeinheit der Wahl

Vorliegend könnte ein Verstoß gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl vorliegen. Danach haben alle Staatsbürger das Recht, zu wählen und gewählt zu werden.

Dieser Wahlrechtsgrundsatz untersagt den unberechtigten Ausschluss von Staatsbürgern von der Teilnahme an der Wahl überhaupt und verbietet dem Gesetzgeber, bestimmte Bevölkerungsgruppen aus politischen, wirtschaftlichen oder sozialen Gründen von der Ausübung des Wahlrechts auszunehmen⁶.

Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl liegt indes nicht vor, wenn für den Ausschluss des Wahlrechts zwingende Gründe streiten. So ist auch die

Einführung eines Mindestwahlalters als Beschränkung der Allgemeinheit der Wahl verfassungsrechtlich zulässig⁷. Die Absenkung des Mindestwahlalters von 18 auf 16 Jahre verletzt den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl schon deshalb nicht, weil hiermit der Kreis der Wahlberechtigten **nicht eingeschränkt, sondern erweitert** wird.

Jedoch ist auch eine Absenkung des Wahlalters nicht unbegrenzt möglich. Absenkungen des Wahlalters finden ihre Begrenzung in der Funktion der Wahlen als zentrale politische Integrationsvorgänge einer Demokratie⁸. Dies stellt eine immanente Grenze des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl dar. Demokratie als freie und offene Kommunikation zwischen Regiertem und Regierendem erfordert ein Mindestmaß an Kommunikationsvermögen des Wählers, das wiederum Verständnis für die Wahl, Kenntnisse von der Politik und die Fähigkeit, sich eine eigene Meinung zu bilden, voraussetzt⁹. Dabei unterliegen die Umsetzung und die Konkretisierung des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl dem Gesetzgeber, dem dabei ein gewisser Einschätzungsspielraum eröffnet ist. Der Gesetzgeber hat in diesem Rahmen das Kommunalwahlrecht so auszugestalten, dass auch anderen Verfassungsprinzipien hinreichend Geltung verschafft wird. Die Demokratie lebt vom Austausch sachlicher Argumente auf rationaler Ebene. Eine Teilnahme an diesem argumentativen Diskurs in Gestalt der Stimmabgabe setzt notwendigerweise ein ausreichendes Maß an intellektueller Reife voraus, ohne die keine verantwortliche Wahlentscheidung getroffen werden könnte¹⁰. Der Gesetzgeber ist somit von Verfassungs wegen gehalten, eine hinreichende Verstandsreife zur Voraussetzung des aktiven Stimmrechts zu machen.

Das Vorhandensein politischer Einsichtsfähigkeit in kommunale Belange und ein Verständnis für die Bedeutung von Wahlen lässt sich bei fast volljährigen Jugendlichen nicht offenkundig verneinen. Der Landesgesetzgeber hat daher seinen Einschätzungsspielraum nicht überschritten. Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl gemäß Art. 28 I S. 2 GG ist somit nicht verletzt.

⁵ BeckRS 2018, 22849.

⁶ BeckRS 2018, 22849

⁷ BVerfGE 42, 312, 340f.

⁸ BeckRS 2018, 22849.

⁹ Vgl. BeckRS 2018, 22849.

¹⁰ BeckRS 2018, 22849.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 2 – Lösung – Seite 4

bb) Verstoß gegen Gleichheit der Wahl

Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl gemäß Art. 28 I S. 2 GG könnte darin liegen, dass der Landesgesetzgeber zwar Bürger vom aktiven Stimmrecht ausgeschlossen hat, für die zur Besorgung aller ihrer Angelegenheiten ein Betreuer dauerhaft bestellt ist (§ 14 II Nr. 2 GemO), von einem entsprechenden Ausschluss minderjähriger Bürger indessen abgesehen hat, bei denen -außer im Falle des § 1908a S. 1 BGB- eine Betreuung nicht angeordnet werden kann (1896 I S. 1 BGB).

Nimmt der Gesetzgeber eine Differenzierung hinsichtlich des Wahlrechts vor, ist ihm nur ein eng bemessener, auf **zwingende Gründe** beschränkter Spielraum eröffnet. Solche Gründe liegen vor, wenn sie durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten kann¹¹.

Zwar ist gerade bei Gemeinden mit einer nur sehr kleinen Einwohnerzahl nicht ausgeschlossen, dass auch die Ausübung des Wahlrechts durch einen Minderjährigen den Ausschlag geben kann.

Jedoch ist es fernab jeglicher Lebenserfahrung, dass Minderjährige, die keine ihrer Angelegenheiten selbstständig regeln können, in erheblicher Anzahl von ihrem kommunalem Wahlrecht Gebrauch machen wollen und können. Die Abweichung von der gebotenen Wahlrechtsgleichheit wirkt sich somit kaum aus. Vielmehr handelt es sich um wenige atypische Einzelfälle, die der Gesetzgeber generalisierend vernachlässigen durfte¹². Somit liegt kein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl vor.

cc) Verstoß gegen Freiheit der Wahl

Das Minderjährigenwahlrecht könnte gegen den Grundsatz der Freiheit der Wahl gemäß Art. 28 I S. 2 GG verstoßen. Dieser Grundsatz gewährleistet, dass jeder Wähler sein Wahlrecht ohne Zwang oder sonstige unzulässige Beeinflussung ausüben kann. Insbesondere bei Minderjährigen ist es denkbar, dass durch Erziehungsmaßnahmen der Eltern in den Grundsatz der Freiheit der Wahl eingegriffen wird.

Dies ist jedoch nur der Fall, wenn die Eltern von unzulässigen Mitteln Gebrauch machen und den Kindern keine Möglichkeit der Abwehr zur Verfügung steht. Zudem kann nicht mit der für eine gesetzliche Regelung des Wahlrechts notwendigen Typisierung unterstellt werden, dass Eltern mit Zwang oder Druck in die Entscheidungsfreiheit ihrer fast volljährigen Kinder bei der Ausübung des Wahlrechts eingreifen.

d) Unzulässiger Eingriff in das Elternrecht gemäß Art. 6 II GG

Jedoch könnte das Wahlrecht für Minderjährige einen unzulässigen Eingriff in das Elternrecht aus Art. 6 II GG darstellen. Dieses dient als pflichtgebundenes Recht dem Wohle des Kindes¹³. Dieses Recht muss seinem Wesen und Zweck jedoch zurücktreten, wenn das Kind ein Alter erreicht hat, indem es eine genügende Reife zur selbstständigen Beurteilung und zum eigenverantwortlichen Auftreten im Rechtsverkehr erlangt hat. Da die Entscheidungsfähigkeit des Jugendlichen für die verschiedenen Lebensbereiche sich in der Regel unterschiedlich entwickelt, ist jeweils eine Abwägung zwischen Erziehungsbedürftigkeit und Selbstbestimmungsfähigkeit des Jugendlichen erforderlich.

Wie dargelegt, verfolgt der Gesetzgeber mit der Einführung des Minderjährigenwahlrechts ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel, ohne in unverhältnismäßiger Weise in das elterliche Erziehungsrecht einzugreifen. Ein Verstoß gegen Art. 6 II GG liegt somit nicht vor.

e) Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG

Auch ein Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit scheidet mangels Eingriffs erkennbar aus. Das Wahlrecht erweitert die Rechtsstellung der Minderjährigen und verkürzt nicht bestehende Rechte dieser Personen. Zudem sind die Minderjährigen – mangels Wahlpflicht – nicht gezwungen, von ihrem Wahlrecht Gebrauch zu machen.

¹¹ BeckRS 2018, 22849.

¹² ThürVerfGH. Ur. V. 25.09.2018 – VerfGH 24/17.

¹³ Ebda.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 2 – Lösung – Seite 5

f) Verstoß gegen Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 III GG

Jedoch könnte ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip vorliegen. Dieses ist in Art. 20 III GG verankert. Ein solcher Verstoß könnte dann gegeben sein, wenn das Minderjährigenwahlrecht gegen zwingende Vorschriften des Bundesrechts verstoßen würde. Als solche Vorschriften könnten allenfalls Normen des BGB, insbesondere §§ 107 ff. BGB, herangezogen werden. Jedoch haben sowohl die §§ 107 ff. BGB als auch andere Normen, solche des Prozessrechts zum Beispiel, keine maßstabbildende Kraft. Das Bundesrecht verlangt keinen auf allen Gebieten des privaten und öffentlichen Rechts gleich gestalteten Minderjährigenschutz. Ein Verstoß gegen das in Art. 20 III GG verankerte Rechtsstaatsprinzip kommt nicht in Betracht.

4. Zwischenergebnis

Das Minderjährigenwahlrecht ist auch materiell verfassungsmäßig.

III. Ergebnis

Die Festlegung des Mindestalters für das aktive Wahlrecht auf 16 Jahre bei Kommunalwahlen ist nicht verfassungswidrig. Der Wahl haftet somit kein Wahlfehler an. Die Wahl war somit rechtmäßig.

Frage 2: Erfolgsaussichten der Eilanträge gem. § 32 I BVerfGG

Fraglich ist, ob die Eilanträge der G-Fraktion Aussicht auf Erfolg haben. Dies setzt voraus, dass die Anträge zulässig und begründet sind

I. Zulässigkeit der Anträge

Die Anträge müssten zulässig sein. Dies setzt voraus, dass alle Sachentscheidungsvoraussetzungen erfüllt sind.

1. Eröffnung des Rechtswegs zum BVerfG

Der Rechtsweg zum BVerfG müsste eröffnet sein. Dies ist der Fall, wenn das Hauptsacheverfahren einem der in Art. 93 I GG, § 13 BVerfGG abschließend aufgezählten Verfahrensarten zuzuordnen ist. Die G-Fraktion sah sich durch das Verhalten des Ausschusses in ihren eigenen Rechten verletzt. Zudem rügt sie die Verletzung des

Rechts des Bundestags. Somit wäre ein Organstreitverfahren gemäß Art. 93 I Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5, 63 ff BVerfGG als Hauptsacheverfahren durch die G-Fraktion einzuleiten. Für dieses ist der Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht eröffnet.

2. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist gemäß § 32 I BVerfGG zur Entscheidung über Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zuständig.

3. Antragsbefugnis

Weiterhin müsste die G-Fraktion antragbefugt sein. Gemäß § 64 I BVerfGG ist ein Antrag im Organstreitverfahren nur zulässig, wenn der Antragsteller geltend macht, dass er oder das Organ, dem er angehört, durch eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegner in seinem ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet zu sein.

Fraglich ist somit, ob die G-Fraktion antragsbefugt ist.

Zwar hat der Initiant eines Gesetzgebungsverfahrens Anspruch auf Beratung und Beschlussfassung seiner Vorlage¹⁴. Dieser Anspruch ergibt sich aus dem Wesen des Gesetzesinitiativrechts und gilt für alle gemäß Art. 76 I GG Initiativberechtigten¹⁵. Der Befassungsanspruch richtet sich jedoch gegen das Plenum des Bundestages, das als Organ der Gesetzgebung die Gesetze gemäß Art. 77 I S. 1 GG beschließt. Demgegenüber ist die Beratung eines Gesetzesentwurfs durch die Ausschüsse des Bundestages als bloß vorbereitende Handlung des parlamentarischen Innenbereichs zu qualifizieren.

Einer Verletzung der aus Art. 76 I GG folgenden – prozessstandschaftlich geltend gemachte – Befassungsrechte des Bundestages könnte entgegenstehen, dass die Ausschüsse die Wahrnehmung der dem Plenum obliegenden Rechte und Pflichten zur Beratung und Beschlussfassung nicht blockieren können.

Aus dem Gesetzesinitiativrecht und dem systematischen Zusammenhang des art. 76 I GG zu Art. 77 I und Art. 78 GG folgt das Recht des Initianten, dass sich das Gesetzgebungsorgan mit seinem Vorschlag beschäftigt¹⁶.

¹⁴ BVerfGE 1, 144, 153f; NJW 1952, 537.

¹⁵ NJW 1952, 537.

¹⁶ Maunz/Dürig, Kersten, Art. 76, Rn. 62.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 2 – Lösung – Seite 6

In zeitlicher Hinsicht beinhaltet das Befassungsrecht des Initianten die Pflicht der Gesetzgebungsorgane, über Vorlagen „in angemessener Frist“ zu beraten und Beschluss zu fassen.

Allerdings enthält das Grundgesetz keine konkreten Vorgaben zur Bestimmung der Angemessenheit der Dauer einer Gesetzesberatung. Ebenso wenig enthält die Geschäftsordnung des Bundestages Anhaltspunkte für eine solche Dauer. Dies ist nicht zuletzt Konsequenz des Umstandes, dass eine abstrakte Bestimmung der Angemessenheit der Dauer einer konkreten Gesetzesberatung nicht möglich ist. Stattdessen bedarf es einer Berücksichtigung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls sowohl hinsichtlich des konkreten Gesetzesentwurfs als auch hinsichtlich weiterer Arbeitsabläufe des Parlaments. Dabei ist grundsätzlich dem Parlament vorbehalten, die Priorität zu bestimmen. Insbesondere folgt aus dem Befassungsanspruch des Gesetzesinitianten keine Pflicht des Ausschusses oder des Bundestages, über sämtliche vorliegenden Gesetzesvorhaben innerhalb der Legislaturperiode abschließend zu entscheiden¹⁷. Vielmehr ist hinzunehmen, dass vorliegende Gesetzesentwürfe mit dem Ende der Legislaturperiode der Diskontinuität anheimfallen können, vgl. § 125 S. 1 GOBT.

Eine Verletzung des Anspruchs des Initianten auf Beratung und Beschlussfassung kann allenfalls in Ausnahmefällen in Betracht kommen. Dies etwa bei sachgrundloser Verschleppung der Behandlung des Gesetzesentwurfs. Dies ist dann der Fall, wenn eine Gesetzesvorlage in einem Ausschuss „begraben“ und auf dieser Grundlage deren Behandlung im Plenum verhindert wird¹⁸.

Vorliegend sind für eine sachlich nicht gerechtfertigte Verschleppung der Behandlung und Befassung des Gesetzesentwurfs keine Anzeichen ersichtlich. Ein „Leerlaufen“ des Gesetzesinitiativrechts der G-Fraktion ist vorliegend nicht akut. Zudem ist ein Anspruch des Initianten auf Befassung mit dem Gesetzesentwurf vor Ende der Legislaturperiode nicht ersichtlich.

Vor diesem Hintergrund vermag allein der Umstand, dass es bisher nicht zu einer abschließenden Beschlussfassung über die Gesetzesentwürfe gekommen ist, die Annahme einer Entleerung des Gesetzesinitiativrechts der G-Fraktion nicht zu rechtfertigen.

Eine Verletzung der G-Fraktion in ihren eigenen Rechten, sowie eine Verletzung der Rechte des Bundestages, die im Wege der Verfahrensstandschaft geltend gemacht werden, kommt nicht in Betracht. Somit ist die erforderliche Antragsbefugnis gemäß § 64 I BVerfGG nicht gegeben.

4. Zwischenergebnis

Da die erforderliche Antragsbefugnis fehlt, liegen nicht alle Sachentscheidungs Voraussetzungen vor. Die Anträge der G-Fraktion sind somit bereits unzulässig.

II. Ergebnis

Die Anträge der G-Fraktion auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sind unzulässig und haben daher keine Aussicht auf Erfolg.

Zur Vertiefung:

Neben dem Minderjährigenwahlrecht ist auch das Wahlrecht von Unionsbürgern, insbesondere bei kommunalen Wahlen, sowie die Teilnahme an Bürgerbegehren und Bürgerentscheiden von hoher Relevanz. Zum Unterschied zwischen der Teilnahme an Wahlen und direkter demokratischer Partizipation: Meyer-Teschendorf/Hofmann ZRP 1995, 290; Pieroth, in Jarass/Pieroth, GG, Art. 28, Rn. 8

¹⁷ NVwZ 2017, 1108; BVerfG, Beschl. v. 14.06.2017 – 2 BvQ 29/17.

¹⁸ Ebda.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 3 – Lösung – Seite 1

Fall 3 - Lösung

ÜBERSICHT

Frage 1:

Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses von F aus der S-Fraktion

Problem: Fraktionsausschluss im konkreten Einzelfall zulässige Fraktionsdisziplin oder nach Art. 38 I 2 GG unzulässiger Fraktionszwang?

Ergebnis: Fraktionsausschluss verfassungsmäßig (*a.A. ebenso vertretbar*).

Frage 2:

Berechtigung des UA zur Feststellung

Voraussetzungen

- UA ordnungsgemäß eingesetzt
- zulässiger Untersuchungsgegenstand

I. Einsetzung des UA

Art. 44 GG, § 1 PUAG = Enquêterecht des Bundestages ⇒ Informations- und Kontrollbefugnis

1. Einsetzungsbeschluss
 - Mehrheitsenquête
 - Minderheitenenquête = 1/4 der MdBs (+)
2. hinreichend bestimmte Festlegung des Untersuchungsgegenstandes?

UA als Hilfsorgan des BT darf Untersuchungsgegenstand nicht selbst bestimmen, § 3 PUAG

hier: (+)

II. Zulässiger Untersuchungsgegenstand, § 1 III PUAG

1. Verbandskompetenz des Bundes (+)

2. Grundsatz der Gewaltenteilung, Art. 20 II GG

⇒ BVerfG:

„Kernbereichsrechtsprechung“

Exekutiver Eigenbereich hinsichtlich der Bildung des Regierungswillens ist der Kontrolle durch das Parlament entzogen

⇒ laufende Verhandlungen und Entscheidungen kein zulässiger Untersuchungsgegenstand

⇒ anders bei vollendeten Entscheidungen

⇒ hier: UA rechtmäßig, da Vorgang wohl bereits abgeschlossen

3. Öffentliches Interesse wohl nicht mehr erforderlich

Ergebnis: UA zur Feststellung berechtigt

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 3 – Lösung – Seite 2

LÖSUNG

1. Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses von F aus der S-Fraktion

Der Ausschluss von F aus der S-Fraktion könnte gegen das Recht aus Art. 38 I 2 GG verstoßen. Nach **Art. 38 I 2 GG** sind die Abgeordneten die Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen. Der Abgeordnete hat also ein **freies Mandat** inne.

Dies schließt nicht aus, dass er sich in Fraktionen organisieren kann. Im Gegenteil: Fraktionen sind wichtige Mittel zur Vorbereitung und Kanalisierung der politischen Meinungsbildung und Entscheidungsfindung. Auch wenn sie in der Verfassung nicht geregelt sind, so werden sie doch jedenfalls in Art. 53a GG vorausgesetzt. Einfach-gesetzlich sind sie in §§ 10 GO-BT, 45 ff AbgG geregelt.

Aus Art. 21 GG ergibt sich der **Grundsatz der parteienstaatlichen Demokratie**. Der Abgeordnete wird in der Regel als Vertreter seiner Partei gewählt und ist somit in einen parteipolitischen Hintergrund eingebettet, ist in seinem politischen Wirken von ihr abhängig und wird in seiner Willensbildung und in seinem Abstimmungsverhalten von ihr beeinflusst. Denn der Abgeordnete erhält vom Wähler sein Mandat gerade auch wegen dem Parteiprogramm. Wenn die Parteien im Schnittpunkt von „staatlichem“ und „gesellschaftlichem“ Bereich maßgeblich an der politischen Willensbildung auf parlamentarischer Ebene mitwirken, so gilt dies auch für den einzelnen Abgeordneten als Vertreter seiner Partei. Wenn er in seiner Willensbildung, in der Ausübung seines Mandats sich an den Auffassungen, dem Programm seiner Partei orientiert, so entspricht dies dem **Prinzip der repräsentativen, parteistaatlichen Demokratie**, aus dem heraus auch das Abgeordnetenmandat zu verstehen ist.¹

Umgekehrt ist auch die Partei ihrerseits berechtigt, auf die Ausübung des Mandats

durch den einzelnen Abgeordneten einzuwirken. Dies entspricht ihrem verfassungsrechtlichen Auftrag und schließt auch eine grundsätzliche **Fraktionsdisziplin** nicht aus. Denn nur wenn die fraktionsinterne Willensbildung funktioniert, können die Fraktionen ihre meinungsbildende Funktion erfüllen. Auch können Fraktionen im Interesse der ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben nicht gezwungen werden, auf Dauer mit Abgeordneten zusammen zu arbeiten, die von der Linie der Fraktion in grundsätzlichen Fragen abweichen. Dies würde einer effektiven Fraktionsarbeit im Wege stehen und die parlamentarische Willensbildung schwächen. Damit dient die Fraktionsdisziplin auch dem Rechtsgut der **Funktionsfähigkeit des Parlaments**.

Damit ist ein Spannungsfeld zwischen dem freien Mandat einerseits und den parteipolitischen Interessen andererseits bereits in der Verfassung angelegt. Dieses Spannungsfeld muss im Wege der Grundsätze der **praktischen Konkordanz** im Einzelfall gelöst werden.² Fraglich ist, wo die Grenzen zwischen zulässiger Fraktionsdisziplin und unzulässigem Druck auf die durch Art. 38 I 2 GG geschützte Gewissensausübung gezogen werden müssen.

Ein **Fraktionszwang** in dem Sinne, dass der Abgeordnete bei Abweichen von dem fraktionsintern vorgegebenen Stimmverhalten rechtliche Konsequenzen zu befürchten haben müsste, ist jedenfalls unzulässig. Hier steht der klare Wortlaut des Art. 38 I 2 GG entgegen. Fraktionsdisziplin und Fraktionszwang können stets **nur politisch, nicht aber rechtlich** binden. Rechtlich ist der Abgeordnete in seiner Stimmabgabe vollkommen frei.³

Fraglich ist, inwieweit Art. 38 I 2 GG auch auf **politische Sanktionierungen**, etwa auf den angedrohten Ausschluss aus der Fraktion, Auswirkungen entfaltet. Denn diese sind ja ebenfalls geeignet, die Willensbildung und Gewissensentscheidung des Abgeordneten zu beeinflussen.

¹ Weber/Eschmann JuS 1990, 659, 660 f (lesenswert); Frye SächsVBI 1998, 226, 242, 243 f; Stollmann VR 1991, 412, 413; Kesse VR 1993, 266, 267 f (guter Hintergrundaufsatz).

² Stollmann VR 1991, 412, 413; Frye SächsVBI 1998, 226, 242, 244.

³ Weber/Eschmann JuS 1990, 659 ff; Frye SächsVBI 1998, 226, 242 ff; Stollmann VR 1991, 412; Kesse VR 1993, 266.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 3 – Lösung – Seite 3

Grundsätzlich ist der Verlust des „sicheren Listenplatzes“ ebenso wie ein Fraktionsausschluss als durchaus **zulässiges Druckmittel** anzusehen.⁴

Denn es entspricht dem verfassungsrechtlichen Leitbild des „mündigen Abgeordneten, sich dieses Spannungsverhältnisses bewusst zu sein und zwischen dem Erfordernis der Fraktionsdisziplin und seinem Gewissen abzuwägen, hierbei notfalls auch die Konsequenzen in Kauf zu nehmen.

Dies kann aber im Einzelfall auch anders sein. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist danach zu fragen, welche **Wichtigkeit** die Sachfrage besitzt, bezüglich derer der Abgeordnete der Fraktion den Gehorsam verweigert, in welchem **Maße** und wie **oft** er von der Fraktionslinie abweicht und inwieweit es sich bei der Materie um Sachfragen handelt, die von dem spezifischen **Sachverstand** der Fraktion abhängig sind bzw. eher **Gewissenfragen** darstellen.⁵

Bei dem Einsatz in Ozenania handelt es sich um eine sehr wichtige Frage, bei der die Geschlossenheit der Fraktionen der Regierungskoalition innen- und außenpolitisch von hoher Bedeutung ist. Andererseits stellt die Entsendung von Soldaten in Kriegsgebiete zu militärischen Einsätzen auch eine schwerwiegende Gewissensentscheidung dar, bei der die Abgeordneten nicht als „Stimmvieh“ der Regierung gebraucht werden dürfen. Schließlich soll die parlamentarische Zustimmung gerade sicherstellen, dass der Einsatz auf einer breiten gesellschaftlichen Mehrheit beruht. Auch ist zu berücksichtigen, dass angesichts des nahenden Winters der Tod tausender von Menschen droht, so dass der Militäreinsatz schwerwiegende Folgen nach sich ziehen kann.

Dies gilt jedoch nur für den Fall, dass er nicht schnell genug beendet werden kann, um den Menschen dann humanitäre Hilfe gewähren zu können. Auch ist jeder Kriegeinsatz mit Leiden der Bevölkerung und dem Tod unschuldiger Menschen verbunden.⁶

Vorliegend kommt noch die Besonderheit dazu, dass die NATO den Bündnisfall festgestellt hat. Damit ergibt sich für Deutschland nicht nur die politische, sondern auch die rechtliche Pflicht zur Teilnahme an dem Kriegseinsatz.

Ebenso wie die Deutschen sich im Kalten Krieg auf die Unterstützung der Bündnispartner, insbesondere der USA verlassen konnten, muss nun umgekehrt mit diesen Partnern Solidarität geübt werden. Auch kann in Zukunft die Solidarität der anderen Staaten für Deutschland wieder von großer Wichtigkeit sein. Aufgrund dieser politischen und rechtlichen Bedeutung des Kampfeinsatzes war die Ausübung des Fraktionszwanges ausnahmsweise gerechtfertigt. Der Ausschluss aus der Fraktion war rechtmäßig (*a.A. selbstverständlich vertretbar*).

Frage 2:

War der UA zu der Feststellung berechtigt, die Weisung des Bundeskanzlers A an Innenminister B sei unrechtmäßig?

Der UA kann die Feststellung treffen, wenn er ordnungsgemäß eingesetzt ist, und der Gegenstand der Untersuchung in seine Untersuchungskompetenz fällt.

I. Einsetzung des UA

Anmerkung: Die Rechtslage hinsichtlich der Einsetzung eines Untersuchungsausschusses wurde durch das PUAG⁷ vom 19.06.2001 erstmalig gesetzlich geregelt⁸. Bis zu diesem Zeitpunkt gab es allein die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 44 GG als Maßstab. Wenn das BVerfG im Rahmen eines Organstreitverfahrens zur Entscheidung berufen ist, sollten Sie aber auch weiterhin das Grundgesetz in den Vordergrund stellen, da nach Art. 93 I Nr. 1 GG dieses grundsätzlich alleiniger Prüfungsmaßstab ist. Das PUAG ist nur so weit von Belang, als es den Inhalt des Grundgesetzes nur deklaratorisch wieder gibt bzw. zulässig präzisiert.

⁴ Schmidt/Bleibtreu/Klein Art. 38 Rn 21.

⁵ Stollmann VR 1991, 412, 413; Frye SächsVBl 1998, 226, 242, 244.

⁶ Man denke nur etwa an die Befreiung „Hitler-Deutschlands“ durch die Alliierten.

⁷ Sartorius Nr. 6.

⁸ Umfassend hierzu Schneider, „Spielregeln für den investigativen Parlamentarismus, (Neues UA-Gesetz)“, NJW 2001, 2604.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 3 – Lösung – Seite 4

Der UA ist Ausfluss des Enquêterechts des Bundestages. Er dient der Informations- und Kontrollbefugnis des Parlaments. Der Bundestag überträgt dem UA als Teilorgan des Bundestages sein **Enquêterecht**.

Anmerkung: Daneben steht auch einzelnen Abgeordneten aus Art. 38 I S. 2 GG ein Recht zu Fragen an die Bundesregierung zu, die diese dann grundsätzlich auch im Parlament öffentlich beantworten muss. Der Informationsanspruch des Parlaments kann sich als Ausdruck der aus dem Demokratieprinzip folgenden Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament nur auf Angelegenheiten beziehen, die in den Verantwortungsbereich der Regierung fallen. Das verfassungsrechtlich garantierte parlamentarische Frage- und Informationsrecht unterliegt Grenzen, die, auch soweit sie einfachgesetzlich geregelt sind, ihren Grund im Verfassungsrecht haben müssen. Vertraglich vereinbarte oder einfachgesetzliche Verschwiegenheitsregelungen sind für sich nicht geeignet, das Frage- und Informationsrecht zu beschränken.⁹

1. Einsetzungsbeschluss

Der UA wird in jedem Fall durch Beschluss des Bundestages eingesetzt. Er kann durch die Mehrheit der Mitglieder des Bundestages gefordert werden (**Mehrheitsenquête**). Die Einsetzung erfolgt dann durch Mehrheitsbeschluss, § 1 II PUAG.

Die Einrichtung eines UA kann auch durch mindestens $\frac{1}{4}$ der Mitglieder des Bundestages verlangt werden (**Minderheitenenquête**). Der Bundestag ist dann zur Fassung des Einsetzungsbeschlusses **verpflichtet**, §§ 1 I, 2 I PUAG.¹⁰

Anmerkung: Der Bundestag muss in diesem Fall den Antrag grundsätzlich ohne Änderungen annehmen, § 2 II PUAG. Ansonsten liefe der Minderheitenschutz ins Leere¹¹.

Nur dann, wenn der Antrag sich nicht in den Grenzen der Zulässigkeit eines Untersuchungsausschusses hält (dazu sogleich unten), darf der Einsetzungsbeschluss insoweit vom Antrag abweichen, als die unzulässigen Teile gestrichen werden¹², § 2 III PUAG.

Ist der Untersuchungsausschuss eingesetzt, sind Entscheidungen innerhalb des Ausschusses grundsätzlich Mehrheitsentscheidungen, vgl. § 9 IV PUAG, soweit nicht konkret etwas anderes angeordnet ist wie bspw. in §§ 17 II, 27 II, 29 II PUAG.¹³

Ein ordnungsgemäßer Einsetzungsbeschluss liegt hier vor. Im Fall ist davon auszugehen, dass die Stärke der Fraktion von Bündnis '90/DIE GRÜNEN in Verbindung mit der Fraktion der SPD mehr als $\frac{1}{4}$ der Mitglieder des Bundestages ausmacht. Der Bundestag war zur Fassung des Einsetzungsbeschlusses verpflichtet (Minderheitenenquête).

Anmerkung: Der durch den Einsetzungsbeschluss gebildete Untersuchungsausschuss muss dabei grundsätzlich spiegelbildlich zum Parlament gebildet werden. Zum Schutz der Minderheit wird unabhängig davon immer jede Fraktion mit mindestens einem Sitz berücksichtigt, vgl. § 4 PUAG.¹⁴

2. Festlegung des Untersuchungsgegenstandes

Der UA hat zur Erfüllung seiner Untersuchungsaufgaben einige Befugnisse, die dem Parlament nicht zustehen, z.B. Art. 44 II S. 1 GG: Befugnisse nach der StPO¹⁵. Es besteht die Gefahr, dass der UA im Verlaufe seiner Ermittlungstätigkeit den konkreten Untersuchungsgegenstand verlässt. Der verfassungsmäßige Aufgabenkreis des Bundestages könnte überschritten werden¹⁶. Die Aufklärungsfunktion durch den UA könnte dadurch zur Leerformel werden.

⁹ BVerfG, Urteil vom 07.11.2017, 2 BvE 2/11.

¹⁰ Das GG verpflichtet die Mehrheit nicht zu einer Absenkung dieses Quorums, wenn wie in den Zeiten der großen Koalition von 2013 bis 2017 die Opposition nicht $\frac{1}{4}$ der Abgeordneten erreicht, BVerfG, Urteil vom 03.05.2016, 2 BvE 4/14 = **L&L 2016, 786**

¹¹ BayVerfGH, BayVBl. 1994, 463 (468).

¹² BayVerfGH, BayVBl. 1994, 463 (465, 468).

¹³ BGH, NJW 2010, 3251 = **L&L 2011, 118**.

¹⁴ BVerfG, Urteil vom 20.09.2015, 2 BvE 1/11 = **L&L 2015, 923**: Der Grundsatz der Spiegelbildlichkeit gilt nicht bei der Bildung bloßer Arbeitsgruppen innerhalb eines Ausschusses.

¹⁵ Vgl. Kudlich, **L&L 2000, 141**.

¹⁶ Vgl. BVerwG, NJW 2000, 160.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 3 – Lösung – Seite 5

Gefordert wird, dass sich die Untersuchung innerhalb des parlamentarischen Untersuchungswillens hält, § 3 PUAG.

Der Untersuchungsgegenstand muss deshalb ausreichend **bestimmt** und im Einsetzungsbeschluss festgelegt sein¹⁷.

Dieses Bestimmtheitserfordernis ergibt sich zum einen aus dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip und daneben aus dem Sinn und der Funktion eines Untersuchungsausschusses. Dieser ist nur **Hilfsorgan des Bundestages** und soll dessen Beschlüsse vorbereiten. Dieser untergeordneten Stellung würde es nicht gerecht, wenn sich der Ausschuss seinen Untersuchungsgegenstand selbst bestimmen könnte.¹⁸ Deshalb muss bereits der Antrag auf Einsetzung eines Untersuchungsausschusses hinreichend bestimmt sein.

Der Untersuchungsgegenstand „Rechtmäßigkeit der Weisung des Bundeskanzlers A“ ist ausreichend bestimmt.

II. Untersuchungsumfang

Die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses ist nicht grenzenlos möglich. Durch die Befugnisse des UA (z.B.: Aktenherausgabe, § 94 StPO) könnte die Arbeit anderer Verfassungsorgane behindert werden. Die parlamentarische Untersuchungskompetenz könnte zur Einflussnahme auf die anderen Gewalten missbraucht werden.

1. Verbandskompetenz des Bundes

Ein Untersuchungsausschuss kann jedenfalls nur innerhalb der verfassungsgemäßen Zuständigkeit des Bundestages eingesetzt werden, § 1 III PUAG. Damit ist zum einen die Abgrenzung zu reinen Länderangelegenheiten gemeint, was im vorliegenden Fall aber kein Problem darstellt.

2. Organkompetenz des Bundestages - Kernbereichsrechtsprechung

Zum anderen ist die Abgrenzung zu den anderen Gewalten innerhalb des Bundes maßgeblich.

§ 1 III PUAG ist eine einfachgesetzliche Ausprägung des Prinzips der **Gewaltenteilung** aus Art. 20 II GG.

Das BVerfG entwickelte im Fall der parlamentarischen Kontrolle der Regierung die sog. **Kernbereichsrechtsprechung**.

Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung umfasst einen nicht ausforschbaren Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich, der die Willensbildung der Regierung begründet. **Dieser Kernbereich ist frei von parlamentarischer Kontrolle.**

Im Kernbereich liegen diejenigen Vorgänge, die der **Bildung** eines Regierungswillens dienen. **Nicht** erfasst sind bereits **vollendete** Entscheidungsfindungsprozesse. Die Kontrollkompetenz des Parlaments erstreckt sich nicht auf laufende Verhandlungen und Entscheidungen. Die Untersuchungskompetenz umfasst bereits abgeschlossene Vorgänge¹⁹.

Im Fall ist davon auszugehen, dass die Vorgänge um die Entlassung des missliebigen Staatssekretärs schon abgeschlossen sind. Der UA greift mit seiner Untersuchung nicht in den Kernbereich der Exekutive ein.

Anmerkung: Deutlich mehr Zurückhaltung als bei der Kontrolle der Exekutive ist bei einem Untersuchungsausschuss geboten, der sich mit dem Gegenstand eines (laufenden) Gerichtsverfahrens befasst. Zwar ist ein solcher Ausschuss nicht schlechthin unzulässig, aufgrund der richterlichen Unabhängigkeit darf der Ausschuss mit seiner Tätigkeit aber auf keinen Fall unmittelbar oder mittelbar das Ergebnis der richterlichen Entscheidungsfindung beeinflussen.²⁰

Betrifft der Untersuchungsausschuss ein mögliches Fehlverhalten der Staatsanwaltschaft gelten hingegen nicht diese strengen Kriterien, sondern die oben dargestellte Kernbereichsrechtsprechung, da die Staatsanwaltschaft nicht Gericht, sondern Behörde ist.²¹

¹⁷ BVerfG, NJW 1988, 890; Jarass/Pieroth, Art. 44 GG, Rn. 5.

¹⁸ BayVerfGH, BayVBl. 1994, 463 (467).

¹⁹ BVerfGE 67, 139; NJW 1988, 890.

²⁰ Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 17.11.2014, Vf. 70-VI-14 = **L&L 2015, 198**

²¹ Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 17.11.2014, Vf. 70-VI-14 = **L&L 2015, 198**.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 3 – Lösung – Seite 6

Ergebnis: Der UA kann die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Weisung von Bundeskanzler A treffen.

3. Öffentliches Interesse

Die Zuständigkeit des UA als Hilfsorgan des Bundestages darf wie oben dargestellt nicht weiterreichen als die des Parlaments selbst.

Vor dem Inkrafttreten des PUAG wurde deshalb **gefordert, dass der Untersuchungsgegenstand im öffentlichen Interesse liegt**²².

Hierbei handelte es sich um eine immanente Grenze des Untersuchungsrechts²³. Allerdings wurde dieses öffentliche Interesse in der Regel durch den Antrag einer qualifizierten Minderheit indiziert²⁴.

Ob an dem Erfordernis des öffentlichen Interesses festzuhalten ist, erscheint fraglich.

Im PUAG wurden alle bisher richterrechtlich entwickelten Voraussetzungen für die Einsetzung eines UA mit Ausnahme des öffentlichen Interesses übernommen. Der Gesetzgeber hat davon bewusst abgesehen²⁵.

Hier kann zudem ohnehin davon ausgegangen werden, dass die Klärung der Rechtmäßigkeit der Weisung des Bundeskanzlers im öffentlichen Interesse liegt. Der UA hat damit grundsätzlich ein zulässiges Beweisthema. Die Feststellung ist grundsätzlich zulässig.

Exkurs: Untersuchungsausschuss

I. **Einsetzung in jedem Fall durch Beschluss des Bundestages, § 1 PUAG**

1. durch Mehrheitsbeschluss (Mehrheitsenquete)
2. durch Antrag von mindestens $\frac{1}{4}$ der Mitglieder des Bundestages (Minderheitenenquete). Die Einsetzung erfolgt noch nicht mit dem Antrag. Der Bundestag ist zur Fassung des Einsetzungsbeschlusses verpflichtet, §§ 1 I, 2 I PUAG.

a) Das Untersuchungsthema kann nicht durch Mehrheit des Bundestages geändert werden, § 3 PUAG.

b) Die Parlamentsmehrheit besitzt grds. allein die Möglichkeit redaktioneller Änderungen. Unzulässig ist eine Änderung der Untersuchungsziele, § 3 PUAG.

II. **Zweck des UA, insbesondere bei Minderheitenenqueten**

- Hilfsorgan des Parlaments, § 3 PUAG
- Vorbereitung von Beschlüssen des Bundestages

III. **Voraussetzung der Einsetzung, § 1 III PUAG**

1. inhaltliche Zuständigkeit des Bundestages
⇒ Kernbereichsrechtsprechung
2. Beschränkung des Untersuchungsthemas, Bestimmtheitsgrundsatz, § 3 PUAG

IV. **Befugnisse und Schranken des UA**

1. Der UA ist durch inhaltliche Zuständigkeit des Bundestages beschränkt.
2. Der UA kann Bundestagsbeschlüsse vorbereiten.
3. Innerhalb dieser Schranken kann der UA die Sachlage ermitteln und Beweise erheben.

Die Beweiserhebung erfolgt nach Mehrheitsbeschluss im UA, wobei sich aus Art. 44 GG ein Recht der Minderheit ergibt, auch Beweisanträge stellen zu dürfen, die dann nicht grundlos zurückgewiesen werden können²⁶. Durch § 17 II PUAG wird dieses Recht nun einfachgesetzlich garantiert.

²² BVerfG, NJW 1988, 890.

²³ BayVerfGH, BayVBl. 1994, 463 (466).

²⁴ BayVerfGH, BayVBl. 1994, 463 (466).

²⁵ Schneider, „Spielregeln für den investigativen Parlamentarismus, (Neues UA-Gesetz)“, NJW 2001, 2604.

²⁶ BVerfG, DVBl. 2002, 773 = NJW 2002, 1936; BayVerfGH, BayVBl. 2007, 171; zur ähnlichen Thematik des Fragerechts des einzelnen Abgeordneten (und nicht nur einer Mehrheit) vgl. BayVerfGH, Urteil vom 22.05.2014, Vf. 53-IVa-13 sowie BVerfG, Beschluss vom 15.08.2014, 2 BvR 969/14 = L&L 2015, 347.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 3 – Lösung – Seite 7

Zur Vertiefung:

**BVerfG 13.10.2016 - 2 BvE 2/15
NVwZ 2017, 137-149**

Sachverhalt: Gegenstand des Organstreitverfahrens sind die Rechte eines Untersuchungsausschusses, sowie die Antragsbefugnis von Minderheiten im Organstreitverfahren. Das vorliegende Verfahren behandelt thematisch die NSA-Abhöraffaire und den daraufhin eingesetzten Untersuchungsausschuss. Zudem präzisiert der entscheidende Senat die Grenzen der Rechte eines Untersuchungsausschusses.

Leitsätze:

1. § 18 Abs. 3 PUAG billigt nicht jeder Minderheit im Untersuchungsausschuss die Antragsbefugnis im Organstreitverfahren zu. Antragsbefugt ist vielmehr nur die von der konkreten oder potentiellen Einsetzungsminderheit im Deutschen Bundestag im Sinne des Art. 44 Abs. 1 Satz 1 GG getragene Ausschussminderheit.
2. Das Beweiserhebungsrecht eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses unterliegt Grenzen, die, auch soweit sie einfachgesetzlich geregelt sind, ihren Grund im Verfassungsrecht haben müssen. Völkerrechtliche Verpflichtungen können demgemäß keine unmittelbare Schranke des parlamentarischen Beweiserhebungsrechts begründen, da sie als solche keinen Verfassungsrang besitzen.
3. Das aus dem Beweiserhebungsrecht des Untersuchungsausschusses grundsätzlich folgende Recht auf Vorlage der NSA-Selektorenlisten ist nicht durch die Einsetzung der sachverständigen Vertrauensperson und deren gutachterliche Stellungnahme erfüllt.
4. Dem Beweiserhebungsrecht des Untersuchungsausschusses steht das Interesse der Bundesregierung an funktionsgerechter und organadäquater Aufgabenwahrnehmung gegenüber. Zu diesen Aufgaben gehört auch die Zusammenarbeit der Nachrichtendienste zur Gewährleistung eines wirksamen Staats- und Verfassungsschutzes.

VerfGHBW, Urt. v. 27.10.2017 - 1 GR 35/17 sowie NVwZ-RR 2018, 129ff.:

Zur Verletzung eines Abgeordneten in seinem freien Mandat durch Fraktionsmaßnahmen auch

Die A-Fraktion hatte beschlossen, ein Mitglied der A-Fraktion dem Landtag zur Abwahl aus dem UA „Rechtsterrorismus/NSU BW II“ sowie dem Innenausschuss vorzuschlagen und ihn pauschal und unbefristet nicht mehr für Plenarsitzungen als Redner zu benennen, der im Namen der Fraktion sprechen soll. Die Maßnahmen waren ua mit der Rede des Mitglieds im Landtag zur Gesundheitskarte für Flüchtlinge und den Umstand begründet worden, er habe sich nicht - wie von der Fraktion gefordert - von einem Mitarbeiter getrennt

Leitsätze:

1. Als Gliederung des Landtags sind Fraktionen notwendige Einrichtungen des Verfassungslebens. Aus der Verfassungsbindung des Landtags folgt auch die Geltung des objektiv-rechtlichen Gebots der Gewährung von Gehör bei Maßnahmen einer Fraktion, die eines ihrer Mitglieder in seinen parlamentarischen Rechten beeinträchtigen.
2. Darüber hinaus unterliegen fraktionsinterne Entscheidungen zulasten einzelner Fraktionsmitglieder auch materiellen Grenzen. Zu beachten ist zumindest das allgemeine Willkürverbot.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 4 – Lösung – Seite 1

Fall 4 - Lösung

ÜBERSICHT

Verfassungsmäßigkeit der §§ 5, 6 des [fiktiven] Immissionsschutzgesetzes

A. Formelle Verfassungsmäßigkeit

I. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

1. Kompetenz für Luftreinhaltung und Lärm-
bekämpfung, Art. 74 I Nr. 24 GG; seit Fö-
deralismusreform unabhängig von Erfor-
derlichkeit, Art. 72 II GG
2. Kompetenz zur Regelung des Verfahrens
(§ 5 ImSchG: Einvernehmenserfordernis),
Art. 84 I 2 GG; seit Föderalismusreform
unabhängig von Zustimmung BRat (aber
Abweichungsmöglichkeit der Länder)

II. Verfahren, Art. 76, 77 GG (+)

III. Form, Art. 82 I 1 GG (§ 6 ImSchG / Publi- kationserfordernis); – Problem: Verwei- sung auf TA; Veröffentlichung im Ministeri- alblatt ausreichend

⇒ *Gesetz formell verfassungsmäßig*

B. Materielle Verfassungsmäßigkeit

I. § 5 ImSchG / Problem der Mischverwal- tung

1. Kein Verstoß gegen Bundesstaatsprinzip,
Art. 20 I GG
2. Kein Verstoß gegen Art. 19 IV GG
3. Kein Verstoß gegen Demokratieprinzip
4. Verstoß gegen die Kompetenzverteilung
beim Verwaltungsverfahren / Länderver-
waltungshoheit, Art. 30, 83 GG (+); keine
Ausnahme zu Art. 83 GG:

Art. 84 V GG nicht einschlägig, da qualita-
tiver Unterschied zwischen Einzelanwei-
sung und Einvernehmen; zudem: a maiore
ad minus-Argumentation nicht möglich.

Art. 84 III GG umfasst nur die Rechtsauf-
sicht; Einvernehmen ist aber Gegenstand
der Fachaufsicht (Zweckmäßigkeit der
Maßnahme).

Art. 85 IV 1 GG nicht einschlägig. Bundes-
aufsicht umfasst zwar Rechts- und Fach-
aufsicht, gilt aber (deshalb) nur i.R.d. Auf-
tragsverwaltung, Art. 85 IV 1 GG; aus-
drückliche Anordnung im Grundgesetz er-
forderlich.

Keine Ausnahme aus der „Natur der Sa-
che“.

⇒ *Mischverwaltung (§ 5 ImSchG) verfas-
sungswidrig.*

II. § 6 ImSchG / Verweisung auf Verwal- tungsvorschrift in der „jeweils gelten- den Fassung“

1. Bestimmtheitsgrundsatz nicht verletzt; Ver-
weisungen anerkannte Gesetzgebungs-
technik
2. Grundsatz des Gesetzesvorbehalts ver-
letzt:

Entscheidungskompetenz wird vom Ge-
setzgeber auf die Exekutive verlagert.
Nach dem Grundsatz des Gesetzesvorbe-
halts muss das Parlament aber die wesent-
lichen Entscheidungen selbst treffen.

1. Ausnahme: Art. 80 GG; Verlagerung der
Entscheidung auf die Exekutive zum Erlass
von Rechtsverordnungen; Abgrenzung
zwischen Rechtsverordnung und Verwal-
tungsvorschrift

2. Ausnahme: Erlass von unbestimmten
Rechtsbegriffen, welche durch die Verwal-
tung in Verwaltungsvorschriften konkreti-
siert werden.

Rechtsnatur der Verwaltungsvorschriften;
Rechtswirkungen einer Verweisung sind
weitergehend.

⇒ *§ 6 ImSchG verfassungswidrig.*

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 4 – Lösung – Seite 2

LÖSUNG

Das fiktive Immissionsschutzgesetz ist verfassungsgemäß, wenn es formell und materiell den Vorschriften des GG entspricht.

A. Formelle Verfassungsmäßigkeit

I. Gesetzgebungskompetenz des Bundes¹

Gemäß **Art. 30 GG i.V.m. Art. 70 I GG** obliegt das Gesetzgebungsrecht grundsätzlich den Ländern. Hier hat aber der Bund gehandelt. Für das Tätigwerden des Bundes bedarf es jeweils einer besonderen grundgesetzlichen Ermächtigungsnorm. Die bundesstaatliche Zuständigkeit ergibt sich insbesondere aus den Normen Art. 70 ff (Gesetzgebung), Art. 83 ff GG (Verwaltung), Art. 92 ff (Rechtsprechung).

1. Kompetenz für die inhaltliche Regelung

Art. 74 I Nr. 24 GG enthält Teilbereiche der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den Umweltschutz. Dazu gehören ausdrücklich auch die Luftreinhaltung und die Lärmbekämpfung. Seit der Föderalismusreform zum 1. September 2006 kommt es für die Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich des Immissionsschutzrechts **nicht mehr** auf die **Erforderlichkeit** einer bundesgesetzlichen Regelung an, da Art. 72 II GG n.F. das Gebiet des Art. 74 I Nr. 24 GG nicht nennt.

Anmerkung: Das Merkmal der „Erforderlichkeit“, das nunmehr nur noch in den enumerativ genannten Fällen des Art. 72 II GG n.F. geprüft werden muss, ist durch eine Änderung des Grundgesetzes von 1994 an Stelle der sog. Bedürfnisklausel getreten, wonach ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung ausreichte. Die Entscheidung des Bundesgesetzgebers über das Vorliegen eines solchen Bedürfnisses (Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs!) verstand das BVerfG als eine Entscheidung mit Beurteilungsspielraum (wobei es dogmatisch ungenau von „Ermessen“ sprach), die nur insoweit gerichtlich überprüfbar war, als das „Ermessen“ missbraucht oder evident überschritten war.²

Ein solches Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung war immer irgendwie herzuweisen, so dass Art. 72 II GG als „Haupt-einfallstor für die Auszehrung der Landeskompetenzen“ galt. Die damalige Grundgesetzänderung hat das Ziel verfolgt, die Länderkompetenzen zu stärken. Dem dient eine restriktive Auslegung der Erforderlichkeitsklausel (weshalb hier ausnahmsweise vom Examenskandidaten Kenntnis der jüngeren Gesetzgebungsgeschichte verlangt wird!). Hierbei ist zu beachten, dass Art. 72 II GG nur die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse in den Ländern verlangt und keine absolute Gleichheit verlangt. Schließlich enthält Art. 93 I Nr. 2a GG die Möglichkeit zur gerichtlichen Überprüfung der Erforderlichkeit. In der Entscheidung zum Altenpflegegesetz³ führte das BVerfG dann aus, dass ein von verfassungsgerichtlicher Kontrolle freier gesetzgeberischer Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Voraussetzungen des Art. 72 II GG nicht besteht. Da seit der Föderalismusreform die Erforderlichkeitsklausel aber nur noch in den aufgezählten und nicht mehr in allen Fällen der konkurrierenden Gesetzgebung zu prüfen ist, liegt hierin wiederum eine Stärkung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes.

2. Kompetenz zur Regelung des Verfahrens (§ 5 ImSchG: Einvernehmensverfahren)

Fraglich ist, ob der Bundesgesetzgeber auch – wie er es mit der Einvernehmensklausel in § 5 des Gesetzes getan hat – das Verwaltungsverfahren regeln durfte. Gemäß **Art. 84 I 1 GG** regeln die Länder, die nach Art. 83 GG in der Regel die Bundesgesetze als eigene Angelegenheiten ausführen, grundsätzlich auch das Verwaltungsverfahren. Seit der Föderalismusreform können Bundesgesetze hiervon abweichende Verfahrensregelungen auch **ohne Zustimmung des Bundesrates** treffen. Die Länder können indes ihrerseits von solchen Bundesgesetzen abweichende Regelungen treffen, Art. 84 I 2 GG. Da hier für eine abweichende Landesregelung aber nichts ersichtlich ist, konnte der Bund somit auch Regelungen im Bereich des Verwaltungsverfahrens wirksam treffen.

¹ Zu den Gesetzgebungskompetenzen Degenhart StaatsR I, § 3 Rn 141 ff; Kunig Jura 1996, 254; Beaucamp JA 1998, 53.

² BVerfGE 4, 127; BVerfGE 13, 237, 239; BVerfGE 26, 383; BVerfGE 67, 299.

³ BVerfG NJW 2003, 41 (lesen!).

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 4 – Lösung – Seite 3

Anmerkung: Art. 84 I GG enthält neben Regelungen zur Verwaltungskompetenz auch die **Gesetzgebungskompetenz** für das **Verwaltungsverfahren**; insoweit ist die Vorschrift *lex specialis* zu Art. 70 ff GG.⁴ Grundsätzlich gilt: Der Bund hat die Gesetzgebungskompetenz für das **Verwaltungsverfahren im Bereich der Bundesverwaltung (VwVfG)**, die **Länder regeln das Verwaltungsverfahren für den Bereich der Länderverwaltung**, auch soweit sie **Bundesrecht anwenden (LVwVfG)**.

Art. 84 I GG a.F. war das **Haupteinfallstor** für die **hohe Zahl an Zustimmungsgesetzen**. Mit der komplizierten Neuregelung des Art. 84 I GG verfolgt die **Föderalismusreform** das Ziel, die **Anzahl der zustimmungspflichtigen Bundesgesetze erheblich zu reduzieren**. So kann der Bund **Verfahrens- und Zuständigkeitsregelungen durch Einspruchsgesetz erlassen**, die **Länder erhalten aber das Recht, von den bundesgesetzlichen Vorgaben abzuweichen**, Art. 84 I 2 GG. Das spätere Landesrecht verdrängt dann das frühere Bundesgesetz, Art. 84 I 4, 72 III 3 GG. Erlässt der Bund später wiederum Verfahrensregelungen, gehen diese den früheren Landesregelungen vor. Diese Bundesgesetze dürfen aber, um den Ländern eine **Reaktionsmöglichkeit einzuräumen**, frühestens **sechs Monate nach Verkündung in Kraft treten**, wenn nicht der Bundesrat seine Zustimmung zu einem früheren Inkrafttreten erteilt hat. Nur wenn das **Abweichungsrecht der Länder wegen eines besonderen Bedürfnisses nach bundeseinheitlicher Regelung ausgeschlossen ist**, bedarf es noch der Zustimmung des Bundesrates, Art. 84 I 5, 6 GG. Diese Bundesgesetze dürfen sich aber **nur auf das Verwaltungsverfahren und nicht auf die Behördeneinrichtung beziehen**.

II. Verfahren (Art. 76, 77 GG)

Das Gesetzgebungsverfahren wurde mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ordnungsgemäß durchgeführt.

III. Form (Art. 82 I 1 GG)

Bundesgesetze werden gemäß Art. 82 I 1 GG vom Bundespräsidenten (nach Gegenzeichnung) ausgefertigt und **im Bundesgesetzblatt verkündet**. Diese Form wurde

im Hinblick auf das ImSchG eingehalten. Problematisch könnte hier die Vorschrift des § 6 ImSchG sein, der auf die TA-Luft verweist. Denn diese ist nicht im Bundesgesetzblatt sondern „nur“ im Gemeinsamen Ministerialblatt abgedruckt.

Die Verkündung hat den Zweck, dem Rechtsbetroffenen den Zugang zur Rechtsnorm zu ermöglichen. Er soll sich – im Rahmen zumutbarer Eigeninitiative – über den Inhalt des Rechts informieren können. Daraus folgt, dass nicht nur der Abdruck des Gesetzestextes, sondern der Abdruck des gesamten Gesetzesinhalts in einer amtlichen, dem Betroffenen zugänglichen Sammlung erforderlich ist, um eine ordnungsgemäße Verkündung zu begründen. Die TA-Luft erfüllt diese Kriterien. Die in § 6 ImSchG enthaltene Verweisung auf die TA-Luft verstößt damit nicht gegen Art. 82 I 1 GG. Das fiktive Immissionschutzgesetz ist formell verfassungsmäßig.

Exkurs zum Publikationserfordernis bei Rechtsnormen: Zum einen kennt unser Rechtssystem die **spezialgesetzlich angeordnete Publikation**. So müssen förmliche Bundesgesetze nach **Art. 82 I 1 GG** im Bundesgesetzblatt veröffentlicht werden, förmliche Landesgesetze nach **Art. 63 LVerf BW** im Landesgesetzblatt verkündet werden. Rechtsverordnungen des Bundes werden nach Art. 82 I 2 GG im Bundesgesetzblatt, Rechtsverordnungen des Landes nach Art. 63 II LVerf BW im Landesgesetzblatt veröffentlicht. Für Satzungen gilt **§ 4 III GemO (iVm. § 1 DVO GemO)**. Zusätzlich wird aus dem in Art. 20 III, 28 I 1 GG zum Ausdruck kommenden **Rechtsstaatsprinzip** ein „**allgemeines Publikationserfordernis**“ hergeleitet, das aufgrund seiner Subsidiarität vor allem auf Rechtsnormen von niederem Rang Anwendung findet, z.B. die Benutzungssatzung eines Hallenbades (o.ä.). Das allgemeine rechtsstaatliche Publikationsgebot verlangt, dass **Rechtsnormen der Öffentlichkeit so zugänglich gemacht werden, dass die Betroffenen sich verlässlich Kenntnis von ihrem Inhalt verschaffen können und diese Möglichkeit nicht unzumutbar erschwert wird**.⁵

⁴ Ausführlich Schmidt/Bleibtreu/Klein Art. 84 Rn 3 ff.

⁵ Clemens AöR 111 [1986], 65, 86 ff, 91, 98 ff; Ossenbühl DVBl 1967, 401, 405.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 4 – Lösung – Seite 4

B. Materielle Verfassungsmäßigkeit

I. Verfassungsmäßigkeit des § 5 ImSchG

§ 5 des Gesetzes bestimmt, dass die Genehmigung zur Errichtung oder zum Betrieb einer Anlage, die Immissionen verursacht und eine bestimmte Größe hat, durch die **Landesregierung im Einvernehmen mit der Bundesregierung** zu erteilen ist. Es handelt sich insoweit um eine Zusammenarbeit von Bundes- und Landesverwaltung, wobei nur die Landesbehörde unmittelbar gegenüber dem Bürger handelnd in Erscheinung tritt, andererseits aber die Beteiligung der Bundesbehörde über eine bloße Anhörung derselben hinausgeht. Es handelt sich also um eine sog. Mischverwaltung (Vollzug der Gesetze durch Bund und Länder gemeinsam).⁶

Anmerkung: Nach BVerfG ist eine Mischverwaltung nur zulässig, wenn diese ausdrücklich erlaubt ist, selbst eine Zustimmung der Beteiligten reicht nicht aus. BVerfG 15.6.2003 2 BvF 6/98: „Die Verwaltung des Bundes und die Verwaltungen der Länder sind organisatorisch und funktionell im Sinne von in sich geschlossenen Einheiten prinzipiell voneinander getrennt. Kompetenzverschiebungen zwischen Bund und Ländern ohne verfassungsrechtliche Grundlage sind selbst mit Zustimmung der Beteiligten nicht zulässig. Das Grundgesetz schließt auch eine so genannte Mischverwaltung, soweit sie nicht ausdrücklich zugelassen ist, aus (vgl. BVerfGE 32, 145 <156>; 39, 96 <120>).“

Vgl. auch BVerfG 7.10.2014 2 BvR 1641/11:

Das BVerfG untermauert das Verbot der Mischverwaltung auch mit dem Demokratieprinzip. Denn eine Verflechtung von Verwaltungszuständigkeiten kann dazu führen, dass der Auftrag des Wählers auf Bundes- oder Landesebene durch die Mitwirkung anderer Ebenen relativiert und konterkariert wird. Auch das Rechtsstaatsprinzip verlangt im Interesse des effektiven Rechtsschutzes eine klare Zuordnung von Kompetenzen.

Ein absolutes Verbot der Mischverwaltung lässt sich jedoch weder aus dem Demokratie- noch aus dem Rechtsstaatsprinzip ableiten; daher verstößt (z.B.) Art. 91e GG nicht gegen die „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG.

1. Verstoß gegen das Bundesstaatsprinzip?

Das Bundesstaatsprinzip (Art. 20 I GG) begründet die grundsätzliche Trennung der Staatsaufgaben in Bundes- und Länderkompetenzen. Die strikte Trennung der Zuständigkeiten ist aber nicht für alle Staatsaufgaben möglich. Das GG selbst regelt z.B. in Art. 91a, b GG (Gemeinschaftsaufgaben) die Erledigung von öffentlichen Aufgaben durch institutionelle Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern („Prinzip des kooperativen Föderalismus“). In der Zusammenarbeit von Bund und Ländern allein ist somit noch kein Verstoß gegen das Bundesstaatsprinzip zu sehen.

2. Verstoß gegen Art. 19 IV GG?

Art. 19 IV GG gewährleistet den effektiven Rechtsschutz. Dazu gehört auch die weitgehende Klarheit und Bestimmtheit im Hinblick auf die Rechtsschutzmöglichkeiten. § 5 ImSchG könnte gegen dies Gebot des effektiven Rechtsschutzes verstoßen, denn aus ihm geht nicht hervor, gegen wen die Verpflichtungsklage auf Erteilung der Genehmigung zu richten wäre, wenn der Bund sein Einvernehmen verweigert. Grundsätzlich käme sowohl eine Klage gegen den Bund als auch gegen das Land in Betracht. Ein Verstoß gegen Art. 19 IV GG liegt aber nicht vor, wenn sich das Problem bereits unter Rückgriff auf allgemeine verwaltungsrechtliche Grundsätze lösen lässt.

Die Genehmigung stellt sich für den Bürger als sog. „**mehrstufigen Verwaltungsakt**“ dar, da neben der Genehmigung die Zustimmung einer anderen Behörde erforderlich ist. Die Einvernehmenserteilung hat hier keine unmittelbaren Rechtswirkungen für den Anlagenbetreiber, sie ist nur für die Landesbehörde von Bedeutung. Damit stellt sie eine rein verwaltungsinterne Erklärung ohne Außenwirkung dar, die vom Bürger nicht isoliert angegriffen oder durch eine Verpflichtungsklage verlangt werden kann.

⁶ Zur Mischverwaltung Degenhart StaatsR I, § 5 Rn 516 ff; Maurer AllgVerwR, § 22 Rn 43 ff.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 4 – Lösung – Seite 5

Damit sind die **Rechtsbehelfe** (Verpflichtungswiderspruch und -klage) allein gegenüber der nach außen (durch VA) handelnden **Landesbehörde** (Wahrnehmungsbehörde) zu ergreifen, wobei die Rechtmäßigkeit des verweigerten Einvernehmens im Wege der **gerichtlichen Inzidenzprüfung** geprüft wird.⁷ Der im Verfahren nach § 65 II VwGO beigeladene Bundesminister ist an die Rechtskraft des gerichtlichen Urteils gebunden, die Gerichtsentscheidung ersetzt ggf. das rechtswidrig verweigerte ministerielle Einvernehmen. Im Ergebnis sind die Rechtsbehelfe somit eindeutig, so dass sich im Rahmen der Verantwortung gegenüber dem Bürger keine Vermischung der Verantwortlichkeiten ergibt. Daher verstößt die vorliegende Mischverwaltung nicht gegen Art. 19 IV GG.

3. Verstoß gegen das Demokratieprinzip?

§ 5 ImSchG könnte gegen die Grundsätze der parlamentarischen Demokratie verstoßen, Art. 20 I GG. Aus dem Demokratieprinzip folgt unter anderem, dass jede Ausübung exekutiver Befugnisse auf eine demokratische Legitimation zurückzuführen sein muss und dass die Verwaltung der **parlamentarischen Kontrolle** unterliegt. Kontrollinstrumente des Bundestages sind z.B. das Zitationsrecht des Art. 43 I GG, die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses nach Art. 44 GG und das konstruktive Misstrauensvotum (Art. 67 GG).

Bei der vorliegenden Mischverwaltung reichen die Kontrollmöglichkeiten des Landesparlaments hinsichtlich der Genehmigung nur soweit wie die Landesregierung Entscheidungen trifft. Auf die Einvernehmenserteilung durch die Bundesregierung hat der Landtag keinen Einfluss. In gleicher Weise kann der Bundestag nur die ordnungsgemäße Erteilung des Einvernehmens durch die Bundesregierung überprüfen. Andererseits ergibt sich aus der kooperativen Verwaltung, dass beide Verwaltungseinheiten gemeinsam die politische und rechtliche Verantwortung für die endgültige Entscheidung tragen, wobei jede für ihren Entscheidungsbereich einzustehen hat. Insofern ist eine demokratische Kontrolle in vollem Umfang möglich (im Ergebnis erfolgt sogar eine doppelte Kontrolle).

Im Hinblick auf die Grundsätze der parlamentarischen Demokratie bestehen somit gegen das in § 5 angeordnete Verwaltungsverfahren keine Bedenken.

4. Verstoß gegen die Länderverwaltungshoheit (Art. 30, 83 GG)

Grundsätzlich ist die Verwaltung – also insbesondere der Vollzug der Gesetze – gemäß **Art. 83, 30 GG** Länderaufgabe, auch wenn die Länder Bundesgesetze ausführen. Dieser Grundsatz wird durch § 5 ImSchG durchbrochen. Dies ist verfassungswidrig, wenn sich nicht innerhalb des Grundgesetzes eine Ausnahme von der Länderverwaltungshoheit begründen lässt. Diese Ausnahme kann entweder ausdrücklich vorgesehen sein („soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt ...“) oder sich aus der Auslegung der Verfassung als ungeschriebene Kompetenz ergeben („oder zulässt“).

- a) Die Zulässigkeit des Einvernehmens könnte sich aus dem **Einzelanweisungsrecht** gemäß **Art. 84 V GG** herleiten. Hiernach kann ein Bundesgesetz, das mit Zustimmung des Bundesrats erlassen wurde (*wiederrum: Sicherung der Länderkompetenzen durch das Zustimmungserfordernis*), der Bundesregierung das Recht zur Erteilung von Einzelweisungen an die Landesbehörde für besondere Fälle einräumen. Einzelweisungen sind rechtsverbindliche Aussagen für ein konkretes Verwaltungshandeln ohne unmittelbare Rechtswirkung nach außen. Hierdurch soll dem Bund im Rahmen der eigenverantwortlichen Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder eine gewisse Einflussmöglichkeit vorbehalten sein. Das Weisungsrecht hat zur Folge, dass die Verwaltungskompetenz in der konkreten Sachfrage auf den Bund übergeht, während die Länder der Weisung Folge zu leisten haben.

Hieraus könnte man – *a maiore ad minus* – folgern, dass ein Bundesgesetz auch ein bloßes Einvernehmen vorsehen darf, das dem Land immerhin noch eigenen Entscheidungsspielraum lässt. Dies setzt aber voraus, dass ein „Einvernehmen“ sich im Verhältnis zur Weisung tatsächlich als „minus“ darstellt. So hat bisweilen auch das **BVerwG** argumentiert:

⁷ Bekanntes Beispiel hierfür ist die Klage auf Erteilung einer Baugenehmigung bei fehlendem gemeindlichen Einvernehmen gemäß § 36 BauGB.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 4 – Lösung – Seite 6

Die Verleihung der Befugnis, für besondere Fälle Einzelweisungen zu erteilen, umfasst auch die Fälle, in denen eine oberste Landesbehörde des Einvernehmens des zuständigen Bundesministers bedarf. Die Form der Weisung im Sinne eines Befehls ist die stärkste Form der Einflussnahme. Gestattet das Grundgesetz diese unter den Voraussetzungen des Art. 84 V GG, dann widersprechen dem Sinne dieser Vorschrift nicht die milderer Formen wie Zustimmungs-, Einvernehmens- oder Anhörungsvorbehalte⁸

Dem ist **aber nicht zu folgen**. Einvernehmen findet auf der Ebene der Gleichordnung statt. Kennzeichnend ist die Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit des Zustimmungenden. Die Weisung betrifft dagegen ein Unterordnungsverhältnis. Der Angewiesene hat keine Entscheidungsfreiheit. Für das Verwaltungshandeln ist allein der Weisende verantwortlich. Inhalt der Einzelweisung kann außerdem nur eine *punktu-elle Lenkung* der Landesexekutive sein, während das Einvernehmen grundsätzlich in allen Fällen, in denen die Rechtsnorm angewandt wird, erforderlich ist. Damit stellt das Einvernehmen (da Einzelweisungen in der Praxis nur sehr selten vorkommen) sogar eine stärkere Einschränkung der Landeskompetenzen zur Verwaltung dar. Weisung und Einvernehmen haben im Ergebnis also einen unterschiedlichen Charakter. Das Einvernehmen ist nicht etwa als ein „weniger“ zur Weisung zu werten. Die Ableitung aus einem *argumentum a maiore ad minus*-Schluss scheidet daher aus. Auch eine Analogie wäre wegen der mangelnden Vergleichbarkeit von Weisung und Einvernehmen nicht zulässig. Auf eine Verwaltungskompetenz aus Art. 84 V GG lässt sich § 5 ImSchG folglich nicht stützen.

- b) Das Einvernehmen könnte sich aus **Art. 84 III GG** ergeben. Das dort beschriebene Aufsichtsrecht des Bundes umfasst aber nur die **Rechtsaufsicht** (vgl. Art. 84 III 1 GG). Das Einvernehmen bezieht sich immer auch auf die Zweckmäßigkeit des zustimmungsbedürftigen Aktes. Das Aufsichtsrecht aus Art. 84 III GG kann somit die Voraussetzung eines Einvernehmens nicht rechtfertigen.

- c) Die Zulässigkeit eines Einvernehmensrechtes könnte sich ferner aus **Art. 85 IV 1 GG** ergeben, wonach sich die Bundesaufsicht auf Gesetz- und Zweckmäßigkeit der Gesetzesausführung erstreckt (**Fachaufsicht**). Dies gilt jedoch nach der systematischen Stellung nur im Bereich der **Auftragsverwaltung**, Art. 85 IV 1 GG, die eine ausdrückliche Anordnung im Grundgesetz voraussetzt (Art. 85 I GG; Beispiele: Art. 90 II, 104a III 2, 108 III 1 GG)⁹. Das Immissionschutzrecht zählt nicht zu dem Regelungsbereich der Bundesauftragsverwaltung. Insofern kann die mit dem Einvernehmensrecht verbundene Zweckmäßigkeitskontrolle auch nicht aus Art. 85 GG abgeleitet werden.

- d) Das Einvernehmensrecht könnte sich aus der **Natur der Sache** ergeben. Eine Verwaltungskompetenz aus der Natur der Sache wird angenommen, wenn gewisse Sachgebiete, weil sie ihrer Natur nach eine eigenste, der partikulären Zuständigkeit entrückte Angelegenheit des Bundes darstellen, nur vom Bund geregelt werden können. Hierbei ist aber äußerste Zurückhaltung geboten.¹⁰ Besondere zwingende Gründe, aus denen sich die Notwendigkeit einer Bundesverwaltung ergeben könnte, sind hier nicht ersichtlich. Eine Bundeskompetenz aus der Natur der Sache ist somit abzulehnen.

Ergebnis:

Die in § 5 ImSchG vorgesehene Mischverwaltung verstößt gegen die Länderverwaltungshoheit gemäß Art. 83, 30 GG und ist deshalb verfassungswidrig und nichtig. Denn die Kompetenzen des Grundgesetzes sind zwingend und können von den Beteiligten nicht – auch nicht in allseitigem Einvernehmen – abbedungen oder verändert werden (Ausnahme: durch Verfassungsänderung, Art. 79 GG).

II. Verfassungsmäßigkeit des § 6 ImSchG

Nach § 6 ImSchG muss die immissionschutzrechtliche Genehmigung erteilt werden, wenn die Immissionen die in der *je-weils geltenden Fassung der TA-Luft* vorgesehenen Werte nicht überschreiten. Fraglich ist, ob eine solche Verweisung mit der Verfassung vereinbar ist.

⁸ So BVerwGE 42, 279, 281 ff, 284.

⁹ Die Auftragsverwaltung kann zudem gemäß der abschließenden Aufzählung der Art. 87c, 89 II 3

und 4, 120a I GG durch den Bund eingeführt werden.

¹⁰ Vgl. *Degenhart*, StaatsR II, § 5, Rn. 514 f.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 4 – Lösung – Seite 7

1. Bestimmtheitsgrundsatz

Das rechtsstaatliche Gebot der Bestimmtheit verlangt, dass eine Norm in hinreichendem Maße erkennen lässt, welche Vorschriften (Verweisungsobjekt) in die verweisende Norm (Verweisungssubjekt) aufgenommen werden sollen. Erforderlich ist nicht, dass dabei auch die Veröffentlichungsquelle / Fundstelle angegeben wird, sofern die in Bezug genommenen Vorschriften eindeutig umschrieben werden.¹¹ Es ist nach den Angaben im Sachverhalt davon auszugehen, dass diese Voraussetzungen hier vorliegen.

Merke: Das Bestimmtheitsgebot betrifft die (materiell-rechtliche!) Frage, welchen Inhalt die Regelung einer Rechtsnorm hat. Der Normadressat muss die Ge- und Verbote erkennen können, um sich daran zu halten zu können; sie müssen deshalb ausreichend konkretisiert sein (das Bestimmtheitsgebot gilt für alle Formen staatlichen Handelns; für Verwaltungsakte siehe § 37 I VwVfG).

2. Grundsatz des Gesetzesvorbehalts, Art. 20 III GG

Die Verweisung auf die TA-Luft in ihrer jeweils geltenden Fassung (sog. „**dynamische Verweisung**“) könnte jedoch gegen das Demokratieprinzip verstoßen, da hierdurch faktisch die **Möglichkeit zur Regelung** der Grenzwerte **auf die Verwaltung verlagert** wird. Denn es liegt nun in der Hand der Exekutive, durch Änderung der Verwaltungsvorschrift den Inhalt des gesetzlich geltenden Grenzwertes neu zu bestimmen.

Anmerkung: Hier liegt der Unterschied zur sog. „**statischen Verweisung**“, die unproblematisch zulässig ist. Im Falle einer statischen Verweisung verweist der Gesetzgeber auf eine Norm in einer ganz bestimmten, bereits bestehenden Fassung. Er nimmt in diesem Fall den Norminhalt in seinen Willen auf (er könnte den ihm vorliegenden Text auch einfach abschreiben).

Das BVerfG schließt eine dynamische Verweisung und unbestimmte Rechtsbegriffe nicht grundsätzlich aus:

„Allerdings schließt das Bestimmtheitsgebot die Verwendung unbestimmter, konkretisierungsbedürftiger Begriffe bis hin zu Generalklauseln nicht aus. Auch darf der Gesetzgeber auf andere Vorschriften verweisen und muss den Tatbestand nicht stets vollständig im förmlichen Gesetz umschreiben. Verweist der Gesetzgeber auf andere Vorschriften in ihrer jeweils geltenden Fassung (dynamische Verweisung), kann dies jedoch dazu führen, dass er den Inhalt seiner Vorschriften nicht mehr in eigener Verantwortung bestimmt und damit der Entscheidung Dritter überlässt. Damit sind dynamische Verweisungen zwar nicht schlechthin ausgeschlossen, aber nur in dem Rahmen zulässig, den die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit, der Demokratie und der Bundesstaatlichkeit ziehen.“¹²

Aus dem Demokratieprinzip i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip und Art. 20 III GG leitet die h.M. aber den **Grundsatz des Gesetzesvorbehalts** her, wonach die wesentlichen (insbesondere grundrechtsrelevanten) Entscheidungen vom parlamentarischen Gesetzgeber als unmittelbar demokratisch legitimierten Organ getroffen werden müssen, ohne dass hieraus jedoch ein Totalvorbehalt der Legislative folgt. Hiermit ist es nicht vereinbar, wenn die Gesetzgebung grundrechtsrelevante Entscheidungen auf die Exekutive verlagert und sich damit gleichsam aus der Verantwortung stiehlt.

Bei der Festsetzung von Grenzwerten handelt es sich im Hinblick auf die betroffenen Firmen (Art. 12 bzw. 14 GG) und Anwohner (Art. 2 II GG) um eine **grundrechtsrelevante Maßnahme**. Weiterhin handelt es sich im Hinblick auf die Bedeutung der Umwelt als Staatszielbestimmung (Art. 20a GG) und die objektiv-rechtliche Schutzpflicht des Staates für die Gesundheit seiner Bürger aus Art. 2 II 1 GG um eine **wesentliche Materie**.

Allerdings folgt aus dem Grundsatz der **Gewaltenteilung** auch, dass Entscheidungen von dem Organ getroffen werden sollen, das hierzu aufgrund seiner Sachkunde **am besten geeignet** ist.

¹¹ Clemens AöR 111 [1986], 65 ff, 83 ff mwN.

¹² BVerfG Beschluss vom 21. 9.2016 2 BvL 1/15

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 4 – Lösung – Seite 8

Hinsichtlich der Frage von Grenzwerten etc. ist dies sicherlich die Verwaltung, da die Messung, Bewertung und Würdigung von Emissionen und Immissionen und ihren Auswirkungen auf Mensch und Umwelt zu ihrem alltäglichen Geschäft gehören.

Außerdem verlangt gerade die Materie des Umweltrechts, die sich aufgrund neuer technischer und wissenschaftlicher Möglichkeiten in einem steten Wandel befindet, nach der Möglichkeit, **flexible Lösungen** zu finden und diese dem jeweiligen technischen und wissenschaftlichen Fortschritt anpassen zu können. Dies ist im Rahmen eines langwierigen und schwerfälligen Gesetzgebungsverfahrens kaum möglich.

Daher sieht das Grundgesetz zwei Möglichkeiten vor, wie die Legislative derartige Entscheidungen auf die Verwaltung übertragen kann: Zum einen den Erlass von Rechtsverordnungen (Art. 80 GG), zum anderen die Einführung sog. unbestimmter Rechtsbegriffe.

- a) Gemäß **Art. 80 GG** können durch Gesetz die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, **Rechtsverordnungen** zu erlassen.¹³ Dabei müssen Inhalt und Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden und diese Rechtsgrundlage ist auch in der Verordnung anzugeben.¹⁴ Einige Rechtsverordnungen bedürfen darüber hinaus der Zustimmung des Bundesrates, vgl. Art. 80 II GG. Somit handelt es sich aber nur um eine scheinbare Ausnahme vom Grundsatz vom Gesetzesvorbehalt, denn durch die genaue Festlegung von Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung hat die Legislative die wichtigsten Grundentscheidungen vorgegeben. Die Ermächtigung muss demnach so bestimmt sein, dass voraussehbar ist, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht wird und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können.

Anmerkung: Im „wirklichen“ Immissionschutzrecht hat der Gesetzgeber durch Verordnungsermächtigungen in §§ 7, 23, 48a, 49 BImSchG die Grundlage für zahlreiche Rechtsverordnungen gelegt, in welchen u.a. die Grenzwerte für Immissionen näher bestimmt werden, vgl. z.B. die 8. ImSchVO (RasenmäherlärmVO), die 16. ImSchVO (VerkehrslärmschutzVO), 18. ImSchVO (SportanlagenlärmschutzVO), 22. ImSchVO (VO über Immissionswerte), 26. ImSchVO (VO über elektromagnetische Felder) u.v.m.

Fraglich ist, ob es sich bei der TA-Luft um eine Rechtsverordnung im Sinne des Art. 80 GG oder um eine Verwaltungsvorschrift handelt. **Verwaltungsvorschriften** sind generell-abstrakte Anordnungen einer Behörde an (i.d.R. innerhalb eines Verwaltungsapparates nachgeordnete) Behörden. Sie betreffen entweder die innere Ordnung der Behörde oder geben Handlungsanweisungen für das sachliche Verwaltungshandeln (z.B. Gesetzesauslegung, insbesondere bei unbestimmten Rechtsbegriffen, Ermessensausübung u.a.).¹⁵ Aus **Art. 84 II GG** folgt, dass die **Bundesregierung** für die Ausführung der Bundesgesetze (z.B. BImSchG) durch die Länder mit Zustimmung des Bundesrates **allgemeine Verwaltungsvorschriften** auch mit Wirkung für die **Landesverwaltung** erlassen kann.¹⁶

Anmerkung: Im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung kann die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates gemäß Art. 85 II GG ebenfalls allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen. Diese dürfen nach einer Entscheidung des BVerfG nur durch die **Bundesregierung als Kollektivorgan** erlassen werden, nicht aber durch ein einzelnes Ministerium.¹⁷ Dies muss dann wohl auch im Rahmen des Art. 84 II GG gelten.

¹³ Zum Erlass von Rechtsverordnungen ausführlich *Maurer AllgVerwR*, § 13.

¹⁴ **Wichtig:** eine Rechtsverordnung muss ihre Ermächtigungsgrundlagen immer *vollständig* zitieren, ein Verstoß hiergegen führt zur Nichtigkeit (BVerfG NJW 1999, 3253).

¹⁵ Zur Rechtsnatur von Verwaltungsvorschriften ausführlich *Maurer AllgVerwR*, § 24. Ferner zu ermessensbindenden Verwaltungsvorschriften VGH Mannheim NVwZ 1999, 547 f.

¹⁶ Hierzu *Maurer AllgVerwR*, § 24 Rn 19.

¹⁷ BVerfG NVwZ 1999, 977; zudem *Koch Jura* 2000, 179; *Hobe JA* 2000, 108; *Bleibaum DVBl* 1999, 1265.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 4 – Lösung – Seite 9

Die Abgrenzung zwischen einer Rechtsverordnung und einer Verwaltungsvorschrift ist im Einzelfall problematisch, da beide durchaus denselben Inhalt haben können. Entscheidend ist deshalb grundsätzlich der Adressatenkreis, an den sich eine Vorschrift wendet (nur Verwaltung oder auch Bürger). Die **TA-Luft** ist eine Verwaltungsvorschrift im Sinne des Art. 84 II GG, denn sie wendet sich allein an die Verwaltung und legt für diese Grenzwerte fest, anhand derer die Verwaltung ihre Genehmigungsentscheidungen treffen kann.¹⁸

- b) Eine weitere Möglichkeit, Sachverhalte wie den vorliegenden zu regeln, besteht im **Erlass von unbestimmten Rechtsbegriffen**, die dann durch die Verwaltung (mittels Verwaltungsvorschrift) ausgefüllt werden.¹⁹ Solche unbestimmten Rechtsbegriffe sind mit dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot vereinbar, da sie durch die Rspr konkretisiert werden. Auch im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt hat die Rspr bei der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe keine Bedenken.²⁰

Beispiel: In § 3 I BImSchG wird der Begriff der „schädlichen Umwelteinwirkungen“ umschrieben. Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der für die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit der Anlage (nach Immissionsschutzrecht, §§ 6, 5 I Nr. 1 BImSchG bzw. nach Baurecht, § 22 I Nr. 1 BImSchG) und für polizeiliches Vorgehen (vgl. §§ 17, 20, 24, 25 BImSchG) von zentraler Bedeutung ist.

Wenn der Gesetzgeber in dieser Weise verfahren darf, d.h. wenn die endgültige Konkretisierung „sowieso“ durch die Verwaltungsvorschriften erfolgt, könnte auch eine Verweisung des Gesetzes auf die Verwaltungsvorschriften selbst zulässig sein.²¹ Diese Argumentation setzt jedoch voraus, dass sich die **Rechtsfolgen** einer (gesetzesinterpretierenden) Verwaltungsvorschrift

einerseits und der dynamischen Verweisung auf diese Verwaltungsvorschrift durch ein formelles Gesetz andererseits nicht unterscheiden.

Verwaltungsvorschriften beruhen auf der Weisungskompetenz der vorgesetzten Instanz und sind als sog. „Innenrecht“ nur für die **nachgeordneten Behörden verbindlich**. Gegenüber dem Bürger entfalten sie – wenn sie dem Bürger günstige Rechtspositionen einräumen – über Art. 3 I GG i.V.m. den Grundsätzen der Selbstbindung der Verwaltung **mittelbare Außenwirkung**.²²

Anmerkung: Grundsätzlich sind die Verwaltungsvorschriften als „Innenrecht“ durch die **Gerichte voll überprüfbar** und entfalten diesen gegenüber somit **keine Bindungswirkung**. Die Verwaltungsvorschriften haben allenfalls den Charakter eines „antizipierten Sachverständigengutachtens“, d.h. sind als (durch Gegenbeweis widerlegbares) Indiz im Prozess verwertbar. Umstritten ist jedoch, ob man bei bestimmten Verwaltungsvorschriften des Umwelt- und Technikrechts (insbesondere den TA-Luft / TA-Lärm) eine Ausnahme machen sollte, sog. „**normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften**“.

Eine Verweisung hat zur Folge, dass das Verweisungsobjekt Inhalt des verweisenden Gesetzes wird, es teilt somit dessen Geltungskraft, Ranghöhe und gerichtliche Überprüfbarkeit. Geltung und Wirkungskraft des Verweisungsobjekts in seinem „ursprünglichen“ Zusammenhang bleiben unberührt. Dem Inhalt der Regelung wird aber ein zusätzlicher Wirkungsbereich (mit anderer rechtlicher Qualifikation) erschlossen. Die Verweisung auf die TA-Lärm führt also dazu, dass die entsprechenden Regeln der TA i.V.m. § 6 ImSchG den **Status eines formellen Bundesgesetzes** erhalten.

¹⁸ Gemäß § 48 des „wirklichen“ BImSchG (SARTORIUS Nr. 296) kann die Bundesregierung nach Anhörung der betroffenen Kreise (§ 51 BImSchG) mit Zustimmung des Bundesrates zur Durchführung des Bundesimmissionsschutzgesetzes und der auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen, z.B. die TA Luft / Lärm. Ausführlich dazu

Bender/Sparwasser/Engel UmweltR, 8. Kapitel, Rn 72 ff und Rn 83 ff.

¹⁹ Zur Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe lies Maurer AllgVerwR, § 7 Rn 27 ff.

²⁰ Vgl. Ossenbühl HbStR III, § 62 Rn 23.

²¹ Nach dem Motto: „Im Ergebnis kommt es ja doch nur darauf an, was in der Verwaltungsvorschrift steht“.

²² Maurer AllgVerwR, § 24 Rn 15 ff.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 4 – Lösung – Seite 10

Sie sind gemäß Art. 20 III GG für alle staatlichen Behörden verbindlich (Vorrang des Gesetzes!), gehen als Bundesrecht dem Landesrecht vor (Art. 31 GG) und stehen nach der allgemeinen Normenhierarchie als formelles Gesetz über materiellen Gesetzen (Rechtsverordnungen und Satzungen). Durch die Verweisung erhalten die Verwaltungsvorschriften Außenrechtswirkung, sie sind im Verhältnis zum Bürger und zu den Gerichten unmittelbar verbindlich.

Damit hat die **Verweisung** auf die TA-Luft sehr viel **weitergehende Rechtsfolgen** als die Ausgestaltung unbestimmter Rechtsbegriffe. Aus der Befugnis des Gesetzgebers zur Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe lässt sich die Zulässigkeit einer Verweisung auf Verwaltungsvorschriften durch das formelle Gesetz nicht herleiten.

Ergebnis:

Durch die dynamische Verweisung auf die TA-Luft begibt sich das Parlament aus seiner durch den Gesetzesvorbehalt verfassungsrechtlich vorgegebenen Verantwortung hinaus, die wesentlichen Entscheidungen in grundrechtsrelevanten Bereichen selbst zu treffen. Damit verstößt § 6 des (fiktiven) Immissionsschutzgesetzes gegen Art. 20 III GG. Die §§ 5, 6 des (fiktiven) Immissionsschutzgesetzes sind materiell verfassungswidrig.

Vertiefungsfragen

1. Wie sind die Kompetenzen zur Wahrnehmung der Staatsaufgaben zwischen dem Bund und den Ländern aufgeteilt?
2. Welche Funktion hat hierbei Art. 31 GG?
3. Was bedeutet der Grundsatz der „Bundes-treue“?
4. Erläutern Sie das Gesetzgebungsverfahren im Überblick.
5. Wann und warum bedürfen manche Gesetze der Zustimmung des Bundesrates?
6. Stellen Sie die Verteilung der Verwaltungskompetenzen im Land (zu den Gemeinden) dar!

7. Kann sich ein Bürger (unmittelbar) auf Verwaltungsvorschriften berufen, die ihn begünstigen?
8. Stellen Sie den Meinungsstreit zu den sog. normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften dar.

Zur Vertiefung:

▪ Zur Kompetenz zur Regelung der Pflegeversicherung u.a. siehe **BVerfG NJW 2001, 1709, 1712, 1716**; zusammenfassend **Sachs JuS 2001, 906**.

▪ Zu Aufgaben und Befugnisse des Vermittlungsausschusses (Art. 77 f GG) siehe **BVerfG DVBl 2000, 351**.

Zur Nichtigkeit des „Berliner Mietendeckels“ BVerfG L&L 2021, 468:

1. Das Grundgesetz enthält - von der Ausnahme des Art. 109 Abs. 4 GG abgesehen - eine vollständige Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten entweder auf den Bund oder die Länder. Doppelzuständigkeiten sind den Kompetenznormen fremd und wären mit ihrer Abgrenzungsfunktion unvereinbar. Das Grundgesetz grenzt die Gesetzgebungskompetenzen insbesondere mit Hilfe der in den Art. 73 und Art. 74 GG enthaltenen Kataloge durchweg alternativ voneinander ab.
2. Regelungen zur Miethöhe für frei finanzierten Wohnraum, der auf dem freien Wohnungsmarkt angeboten werden kann (ungebundener Wohnraum), fallen als Teil des sozialen Mietrechts in die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für das bürgerliche Recht im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.
3. Mit den §§ 556 bis 561 BGB hat der Bundesgesetzgeber von der konkurrierenden Zuständigkeit für das Mietpreisrecht als Teil des bürgerlichen Rechts abschließend Gebrauch gemacht.

Fall 5 - Lösung

ÜBERSICHT

Organstreitverfahren: Art. 93 I Nr. 1 GG,
§§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG

A) Zulässigkeit

I. Parteifähigkeit

- Bundespräsident (+), Art. 93 I Nr. 1 GG
- Fraktion? ⇒ Teilorgan des Bundestages (+)

II. Statthafter Verfahrensgegenstand

Pflichtverletzung des Bundespräsidenten: Un-
terlassen der Ausfertigung (Art. 82 I GG)

III. Antragsbefugnis (§ 64 BVerfGG)

verletztes Recht der Fraktionen

CDU/CSU ⇒ Gesetzesinitiativrecht, Art. 76 I
GG i.V.m. § 76 GeschO BT

SPD ⇒ Gesetzgebungsrecht des Bundesta-
ges, Art. 77 I 1 GG

IV. Form und Frist

§§ 64, 23 I BVerfGG: Schriftform

§ 64 III BVerfGG: Sechs-Monats-Frist

Zwischenergebnis:

Der Organstreit ist zulässig

B) Begründetheit

Obersatz: § 67 BVerfGG ⇒ Rechtmäßigkeit
der Weigerung

⇒ Pflicht zur Ausfertigung oder Prüfungsrecht?
⇒ Art. 82 I S. 1 GG

I. Formelles Prüfungsrecht unstr. (+)

⇒ formelle Rechtmäßigkeit des Gesetzes

1. Gesetzgebungskompetenz

Art. 74 I Nr. 4, 72 II GG

2. Gesetzgebungsverfahren

- a) Gesetzgebungsinitiative ⇒ Art. 76 GG i.V.m.
§ 76 I GeschO BT

- b) Beschluss des BT, Art. 77 I GG

aa) Beschlussfähigkeit

§ 45 GeschO BT ⇒ Hälfte der Mitglieder (-)

aber: § 45 II GeschO BT: Beschlussunfähigkeit
muss vor Abstimmung gerügt werden, sonst
unbeachtlich

- bb) Mehrheit? ⇒ Art. 42 II GG, § 48 II GeschO BT:
grds. einfache Mehrheit der abgegebenen
Stimmen ausreichend

c) Verfahren im Bundesrat

- aa) unverzügliche Weiterleitung, Art. 77 I 2 GG (+)

- bb) Einspruchs- oder Zustimmungsgesetz

Zustimmungsbedürftigkeit nur bei ausdr. Rege-
lung ⇒ ÄnderungsG selbst (-), aber geän-
dertes Gesetz

⇒ jedes ÄnderungsG zu Zustimmungsg zu-
stimmungsbedürftig?

contra: Regel – Ausnahmeverhältnis umge-
kehrt, BR als zweite Kammer ⇔ Art. 77 GG

⇒ ÄnderungsG nur zustimmungsbedürftig,
wenn es

- selbst zustimmungsbedürftige Regelung
enthält
- zustimmungsbedürftige Regelungen des
Ursprungsgesetzes ändert oder
- wenn das ÄnderungsG indirekt auf die die
Zustimmungspflicht auslösenden Vor-
schriften einwirkt

hier: (-) ⇒ Einspruchsgesetz ⇒ eingelegter Ein-
spruch statthaft? (-), erst nach Anrufung des
Vermittlungsausschusses, Art. 77 III S. 1 GG
⇒ Frist dazu abgelaufen ⇒ Bundesrat ord-
nungsgemäß beteiligt, hat aber von seinen
Möglichkeiten keinen Gebrauch gemacht

Zwischenergebnis:

Gesetz formell rechtmäßig

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 5 – Lösung – Seite 2

II. Materielles Prüfungsrecht (streitig!)

1. Wortlaut des Gesetzes

- a) Art. 82 I S. 1 GG
- b) Amtseid, Art. 56 GG
- c) Präsidentenanklage, Art. 61 GG ⇒ alle-
samt indifferent

2. Gegenargumente

a) Staatsrechtliche Stellung des BPräs im GG

aa) Verhältnis zum BVerfG

Überprüfungsmonopol des BVerfG ⇒ aber:
Überprüfung durch BPräs nur vorläufig,
kann durch Organklage ihrerseits vor
BVerfG anhängig gemacht werden

bb) allgemeine staatsrechtliche Stellung

Gewaltenteilungsgrundsatz ⇒ aber: Wei-
gerung durch BPräs kann Gesetz nicht
endgültig verhindern

b) historisches Argument

Schwächung des BPräs ggü. WRV ⇒ un-
zulässiger Zirkelschluss

c) BPräs fehlt der nötige „Unterbau“

3. Argumente für Prüfungsrecht

a) Einheit von materieller und formeller Ver- fassungsmäßigkeit

aa) Prüfung von Formalia (Art. 79 I S. 1, II GG) umfasst materielle Prüfung ⇔ BPräs soll nur gewählte Form überprüfen dürfen

bb) materielle Prüfung im Hinblick auf etwaige Zustimmungserfordernisse des Bundesra- tes erforderlich ⇔ lediglich begrenzte ma- teriellrechtliche Vorfrage

b) Grundgesetzbindung nach Art. 1 III und Art. 20 III GG ⇒ BPräs kann nicht gezwun- gen sein, „sehenden Auges“ einem verfas- sungswidrigen Gesetz zur Wirksamkeit zu verhelfen

Zwischenergebnis: materielles Prüfungs-
recht wohl (+) (a.A. gut vertretbar!)

4. ⇒ Weigerung der Ausfertigung rechtmäßig, da Gesetz objektiv rechtswidrig

Ergebnis: Organklage zulässig, aber un-
begründet

LÖSUNG

Die Fraktionen könnten den Bundespräsi-
denten durch eine Entscheidung des
BVerfG zur Gesetzesausfertigung zwingen.
In Betracht kommt hier eine sog. **Organ-
streitigkeit gem. Art. 93 I Nr. 1 GG i.V.m.
§§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG.**

Die Fraktionen könnten die Feststellung
beantragen, dass der Bundespräsident zur
Ausfertigung des Gesetzes verpflichtet ist.
Aus einer solchen Feststellung ergibt sich
zwar nicht unmittelbar eine durchsetzbare
Verpflichtung des Bundespräsidenten. Will
der Bundespräsident aber nicht eine Präsi-
dentenanklage gem. Art. 61 GG riskieren,
wird er sich der Feststellung durch das Ver-
fassungsgericht beugen.

A) Zulässigkeit

I. Beteiligtenfähigkeit von Antragsteller und Antragsgegner (oberstes Bundesor- gan, andere Beteiligte, die mit eigenen Rechten ausgestattet sind, Art. 93 I Nr. 1 GG)

Die Fähigkeit zur Erhebung eines Organ-
streitverfahrens haben oberste Bundesor-
gane. Organteile können parteifähig sein,
soweit ihnen durch das Grundgesetz oder
die GeschO des Bundestages, der Bun-
desregierung oder Bundesrates eigene
Recht zugestanden werden.

Die Parteifähigkeit des Bundespräsidenten
ergibt sich direkt aus Art. 93 I Nr. 1 GG. Der
Bundespräsident ist ein oberstes Bundes-
organ, d.h. ein im Grundgesetz mit Rech-
ten und Pflichten ausgestattetes Verfas-
sungsorgan; § 63 BVerfGG normiert seine
Parteifähigkeit ausdrücklich.

Bezüglich der Fraktionen als Antragsteller
enthält weder das Grundgesetz noch § 63
BVerfGG eine explizite Regelung. Die
Fraktionen sind aber ständig vorhandene
Glieder des Bundestages. Sie sind ein Teil-
organ des Bundestages. Die Fraktionen
sind als Teilorgan des Bundestages an-
tragsberechtigt, zumal sie in der Ge-
schäftsordnung des Bundestages mit eigen-
en Rechten ausgestattet sind. So kann
die Fraktion bspw. nach § 76 GeschO BT
Gesetzesinitiativen einbringen.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 5 – Lösung – Seite 3

Anmerkung: Auch der einzelne Bundestagsabgeordnete kann Partei einer Organklage sein, wenn es beispielsweise um seine Rechte aus Art. 38 I GG geht¹. Zudem steht die Organklage auch Parteien offen, soweit es gerade um ihre Rechte aus Art. 21 GG geht².

Insoweit ist nicht auf den zu engen Wortlaut des § 63 BVerfGG, sondern auf den weiteren Art. 93 I Nr. 1 GG abzustellen.³ Gleiches gilt soweit es um die Beteiligtenfähigkeit der Bundesversammlung geht.⁴

Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nicht beteiligtenfähig sind Landesorgane⁵.

II. Statthafter Verfahrensgegenstand

Als statthafter Verfahrensgegenstand kommt jedes Handeln oder (eventuell) pflichtwidriges Unterlassen des Antragsgegners auf dem Gebiet des objektiven Verfassungsrechts in Betracht.

Eine Verletzung kann durch ein Tun oder Unterlassen erfolgen. Das Unterlassen des Bundespräsidenten, das verabschiedete Gesetz gegenzuzeichnen, kann eine Pflichtverletzung bedeuten, wenn eine Gegenzeichnungspflicht besteht. Eine solche Pflicht könnte sich aus Art. 82 I GG ergeben. Die Signatur des Bundespräsidenten als Befehl zur Ausfertigung des Gesetzes ist Wirksamkeitsvoraussetzung des Gesetzes.

Ob eine Pflicht tatsächlich besteht ist allerdings erst eine Frage der Begründetheit.

III. Antragsbefugnis

Das Organstreitverfahren setzt eine Antragsbefugnis voraus, vgl. Wortlaut des § 64 BVerfGG: „geltend macht, unmittelbar verletzt oder gefährdet zu sein“. Das Organstreitverfahren ist also anders als bspw. die abstrakte Normenkontrolle kein Instrument des objektiven Rechtsschutzes⁶.

Voraussetzung für die Antragsbefugnis ist gemäß § 64 I BVerfGG die behauptete Verletzung oder Gefährdung eines Rechts bzw. einer Pflicht durch eine Maßnahme des Antragsgegners.

Die antragstellenden Fraktionen müssen also geltend machen, als Teilorgan des Bundestages durch die Weigerung des Bundespräsidenten in ihren Rechten beeinträchtigt zu sein. Im Gesetzgebungsverfahren kommt den Bundestagsfraktionen ein Initiativrecht zu, Art. 76 I GG i.V.m. § 76 GeschO BT.

Verweigert der Bundespräsident die Ausfertigung, kann sich das Gesetzesinitiativrecht nicht in materiellem Recht verwirklichen. Aus diesem Grund kann sich die FDP-Fraktion, die die Initiative in den Bundestag eingebracht hatte, auf die Verletzung ihres Initiativrechts berufen.

Anders verhält es sich bei der SPD-Fraktion sowie bei der CDU/CSU-Fraktion, da diese keinen Gesetzgebungsantrag in den Bundestag gestellt hatten. Allerdings können die Fraktionen nach dem eindeutigen Wortlaut des § 64 BVerfGG auch die Rechte des Bundestages als verletzt geltend machen (gesetzliche Prozessstandschaft). Durch die Weigerung des Bundespräsidenten, ein vom Bundestag beschlossenes Gesetz auszufertigen, wird die Gesetzgebungskompetenz des Bundestages beschnitten, Art. 77 I 1 GG. Eine Rechtsbeeinträchtigung des Bundestags ist möglich und diese kann von der SPD-Fraktion sowie der CDU/CSU-Fraktion im Organstreitverfahren gerügt werden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die SPD-Fraktion oder die CDU/CSU-Fraktion insoweit die Mehrheit des Bundestages hinter sich weiß. Die Möglichkeit der Prozessstandschaft steht gerade auch einer Minderheit im Bundestag zu.

Anmerkung: Dies ist gerade Sinn und Zweck des § 64 BVerfGG, der die Stellung der Minderheit im Parlament stärken will und dieser die Möglichkeit gibt, Rechte des Bundestages auch dann zu verteidigen, wenn die Mehrheit dies nicht möchte.⁷

¹ Vgl. hierzu auch BayVerfGH, BayVBl. 2011, 662.

² BVerfGE 11, 239; NVwZ 2004, 850; BVerfG, Urteil vom 10.07.2014, 1 BvE 4/13 = L&L 2014, 828; BVerfG, Urteil vom 27.02.2018, 2 BvE 1/16 = L&L 2019, 44; diese Rechtsprechung ist großer Kritik ausgesetzt, vgl. m.w.N. Lenz, NVwZ 2003, 49 ff.

³ Gleiches gilt bei einem Organstreitantrag durch oder gegen die Bundesversammlung, vgl. BVerfG, BayVBl. 2011, 666.

⁴ BVerfG, Urteil vom 10.06.2014, 2 BvE 2/09, 2 BvE 2/10 = L&L 2015, 545.

⁵ BVerfG, NVwZ 2004, 850.

⁶ BVerfG, NJW 1999, 2030.

⁷ Vgl. bspw. BVerfG, Urteil vom 23.09.2015, 2 BvE 6/11 = L&L 2016, 43.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg Fall 5 – Lösung – Seite 4

In dieser Situation gibt § 64 BVerfGG der Minderheit die Möglichkeit der Verfahrensstandschaft!⁸ Diese Möglichkeit gestehen das BVerfG und die h.M. aber nur ständigen, verfestigten Teilen des Bundestages wie Fraktionen, nicht aber auch einzelnen Abgeordneten zu.

IV. Antrag

Zur Einleitung des Verfahrens ist gemäß §§ 64 I, 23 I BVerfGG ein schriftlicher Antrag erforderlich. Gemäß § 64 II BVerfGG müssten die Fraktionen die Verletzung ihres jeweiligen Rechts aus Art. 76 I GG i.V.m. § 76 GeschO BT bzw. Art. 77 I S. 1 GG, sowie der Pflicht aus Art. 82 I GG in ihrem Antrag auch bezeichnen.

V. Frist

Gemäß § 64 III BVerfGG muss der Antrag innerhalb von sechs Monaten nach Kenntniserlangung der Weigerung durch den Bundespräsidenten erhoben werden.

Zwischenergebnis: Der Organstreit gemäß Art. 93 I Nr. 1 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG ist zulässig.

B) Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn die Weigerung des Bundespräsidenten rechtswidrig ist, d.h. eine Pflicht zur Ausfertigung besteht, und das Unterlassen in die Kompetenzen des Antragstellers eingreift, vgl. § 67 BVerfGG.

Nach **Art. 82 I S. 1 GG** hat der Bundespräsident die **Pflicht, ein nach den Vorschriften des Grundgesetzes zustande gekommenes Gesetz auszufertigen und zu verkünden**. Mit der Ausfertigung bekundet er die Übereinstimmung des Gesetzes mit den Verfassungsnormen. Diese Bekundung kann der Bundespräsident aber nur vornehmen, wenn er die Befugnis hat, die tatsächliche Übereinstimmung mit den Verfassungsnormen zu prüfen.

Der Umfang der Prüfungskompetenz begründet zugleich den Spielraum der Verweigerungsgründe.

I. Formelles Prüfungsrecht

Gemäß Art. 82 I GG muss der Bundespräsident prüfen, ob das Gesetz „nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes zustande gekommen“ ist. Jedenfalls sind damit Vorschriften bezüglich der formellen Gesetzesvoraussetzungen gemeint.

Schon die enge Auslegung des Wortlauts ergibt nach h.M. das **formelle Prüfungsrecht des Bundespräsidenten**.⁹

Der Bundespräsident verweigert unter anderem die Ausfertigung des Gesetzes, weil er Zweifel an dem ordnungsgemäßen Zustandekommen und somit an der formellen Rechtmäßigkeit des Gesetzes hat.

Fraglich ist daher, ob das Gesetz ordnungsgemäß zustande gekommen ist.

1. Gesetzgebungskompetenz

Der Bund hat im Bereich des Ausländerrechts eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 I Nr. 4 GG.

Damit ist eine bundesgesetzliche Regelung unter den Voraussetzungen des Art. 72 II GG zulässig. Hier könnte ein Bundesgesetz zur Wahrung der Rechtseinheit erforderlich sein.

Die Wahrung der Rechtseinheit erlaubt eine bundesgesetzliche Regelung erst, wenn auf Landesebene eine Gesetzesvielfalt besteht oder zu entstehend droht, die eine Rechtszersplitterung darstellt¹⁰.

Im Fall des Ausländerrechts ist die Gefahr einer solchen Rechtszersplitterung zu bejahen, da hier jedes Bundesland – je nach regierender Partei – wohl sehr unterschiedliche Regelungen erlassen würde. Damit liegen die Voraussetzungen des Art. 72 II GG vor.

Anmerkung: Im Zusammenhang mit Art. 72 II GG ist zu beachten, dass die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung vor dem BVerfG in einem besonderen NK-Verfahren nach Art. 93 I Nr. 2a GG überprüft werden kann, für das im Unterschied zur abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 I Nr. 2 GG gerade auch die Landtage ein Antragsrecht besitzen¹¹.

⁸ BVerfG NJW 2009, 2767 = L&L 2009, 618, keine Verfahrensstandschaft ist aber gegen Beschlüsse des Bundestages selbst möglich, dieser kann sich nicht selbst in Rechten verletzen.

⁹ Zu der Geschichte des Prüfungsrechts und den in der Praxis bislang vorgekommenen Fällen vgl. Rau, DVBl. 2004, 1 ff.

¹⁰ BVerfG, NJW 2003, 41 = DVBl. 2003, 44, bspr. von Jochum S. 28, Kenntner, DVBl. 2003, 259.

¹¹ Dazu Sommermann, Jura 1995, 393.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 5 – Lösung – Seite 5

2. Gesetzgebungsverfahren

a) Gesetzgebungsinitiative

Vorliegend wurde der Gesetzesentwurf im November 2018 von der FDP-Fraktion eingebracht. Die Fraktionen (§ 10 GeschO BT) sind nach Art. 76 GG i.V.m. § 76 I GeschO BT ausdrücklich initiativberechtigt, sodass der Gesetzesentwurf „aus der Mitte des BT“ ordnungsgemäß eingebracht wurde.

b) Beschluss des BT

Die Bundesgesetze werden nach Art. 77 I S. 1 GG durch den BT beschlossen.

Fraglich ist vorliegend, ob das ÄnderungsG formell wirksam im BT beschlossen wurde.

Anmerkung: Das genaue Verfahren zum Zustandekommen von Gesetzen ergibt sich aus den §§ 78 ff. GeschO BT. § 78 GeschO BT erfordert z.B. drei Beratungen, auch „Lesungen“ genannt, vor dem Gesetzesbeschluss. Diese Normen sind für eine Falllösung kaum einmal von Bedeutung. Beachten Sie aber, dass Verstöße gegen die §§ 78 ff. GeschO BT nicht zur Nichtigkeit eines Gesetzes führen, da die §§ 78 ff. GeschO BT keine verfassungsrechtlichen Anforderungen aufstellen. Ihnen kommt insoweit lediglich der Charakter von Ordnungsvorschriften zu¹².

aa) In erster Linie könnten Zweifel an der Beschlussfähigkeit des BT auftauchen, denn zum Zeitpunkt der fraglichen Abstimmung am 14.01.2019 waren lediglich 50 Abgeordnete erschienen.

Der BT ist gemäß § 45 GeschO BT jedoch nur beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte seiner Mitglieder tatsächlich im BT-Plenum anwesend sind. Dabei ist zunächst einmal fraglich, von welcher Abgeordneten-zahl ausgegangen werden muss.

Nach Art. 121 GG i.V.m. § 1 BWG besteht der BT (im Idealfall) aus insgesamt 598 Abgeordnete (sog. **gesetzliche Mitgliederzahl**). Allerdings können sich im Einzelfall durch das BWG Erhöhungen ergeben.

Anmerkung: Nach der Wahl vom 26.09.2021 hat der Bundestag 736 statt 598 Abgeordnete! Grund hierfür sind die sog. Ausgleichsmandate, die geschaffen wurden, um die mit den sog. Überhangmandaten verbundenen verfassungsrechtlichen Bedenken auszuräumen. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Überhangmandate war im Anschluss an die Bundestagswahl 1994 heftig umstritten. Das Land Niedersachsen legte die Frage im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle dem BVerfG vor, das die Überhangmandate grundsätzlich gebilligt hat, vgl. die WUV's. Bei der Bundestagswahl 2005 zeigte sich dann das besondere Phänomen, dass es infolge der Überhangmandate für eine Partei im Einzelfall sogar besser sein kann, weniger Zeitstimmen zu erhalten, sog. negatives Stimmgewicht. Dies verstößt nach Ansicht des BVerfG gegen Art. 38 I S. 1 GG, sodass der Gesetzgeber zu einer Änderung des Wahlrechts verpflichtet wurde.¹³

Da der Bundestag das „Kunststück“ fertigbrachte, auch in seinem Änderungsgesetz die Vorgaben aus Karlsruhe zu verletzen, erklärte das BVerfG das Wahlgesetz für nichtig.¹⁴ In Abkehr zu seiner bisherigen Rechtsprechung beschränkte es dabei auch die Anzahl der insgesamt zulässigen Überhangmandate auf ¹⁵.

In Reaktion hierauf wurden das BWG geändert und Überhangmandate nun durch Ausgleichsmandate ausgeglichen, vgl. § 6 V BWG. Erhält bspw. die CSU mit 30 % der Zweitstimmen über die Erststimmen 30 Überhangmandate, werden der SPD ca. 20 Ausgleichsmandate zugesprochen, wenn diese 20 % der Zweitstimmen erreicht hat. Dadurch kann es zu einer erheblichen Erhöhung der Gesamtzahl an Abgeordneten kommen.

Die Frage, von welcher Mitgliederzahl im konkreten Fall auszugehen ist, kann mangels Angaben im Sachverhalt nicht beantwortet, aber letztlich auch offenbleiben, denn am Tag der Abstimmung waren mit 50 Abgeordneten in jedem Fall weniger als die Hälfte der gesetzlichen bzw. der erhöhten Mitgliederzahl anwesend.

Der BT war somit am Tag der Abstimmung grds. nicht beschlussfähig.

¹² Vgl. Hemmer/Wüst, Staatsrecht II, Rn. 172.

¹³ BVerfG DVBl. 2008, 1045.

¹⁴ BVerfG, DÖV 2012, 734 = L&L 2012, 688.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 5 – Lösung – Seite 6

- bb) Jedoch muss die Beschlussfähigkeit des BT **ausdrücklich** aus der Mitte des BT angezweifelt werden. Die dazu erforderliche Rüge ist nach § 45 II GeschO BT jedoch nur vor der jeweiligen Abstimmung möglich.

Eine derartige Rüge mit dem Antrag, die Beschlussunfähigkeit des BT festzustellen, ist jedoch weder durch eine Fraktion noch durch anwesende 5 % der MdB erfolgt. Dies hat im Umkehrschluss zu § 45 II GeschO BT zur Folge, dass der BT - obwohl tatsächlich nur 50 Abgeordnete im Plenum waren - als beschlussfähig gilt.

Anmerkung: Von Amts wegen wird die Beschlussunfähigkeit nur festgestellt, wenn noch nicht einmal 5 % an Abgeordneten anwesend sind, die für eine Rüge nach § 45 II GeschOBT nötig wären.

- cc) Aufgrund der fingierten Beschlussfähigkeit des BT durften die anwesenden Abgeordneten über die Gesetzesvorlage abstimmen. Fraglich ist damit nur ob bei 24 von insgesamt 50 Stimmen die erforderliche Mehrheit i.S.d. Art. 42 II GG erreicht wurde.

Bei der Frage nach der (einfachen) Mehrheit dürfen die Enthaltungen aber nicht mitgezählt werden, diese gelten als nicht abgegeben i.S.d. Art. 42 II GG, vgl. auch § 48 II S. 1 GeschO BT. Andernfalls hätte eine Enthaltung das Gewicht einer Nein-Stimme, was gerade nicht der Intention des Abstimmenden entspricht.

Bei somit 38 wirksam abgegebenen Stimmen ist das Gesetz mit der eindeutigen Mehrheit von 24 Stimmen beschlossen worden, Art. 77 I S. 1 GG.

Anmerkung: Neben dieser einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen kennt das Grundgesetz auch die sog. **Mitgliedermehrheit** i.S.d. Art. 121 GG (auch absolute oder Kanzlermehrheit genannt). Diese ist bspw. für die Wahl des Bundeskanzlers, Art. 63 II GG, für das konstruktive Misstrauensvotum, Art. 67 I GG, sowie für die Vertrauensfrage, Art. 68 I S. 1 GG, erforderlich. Da dem Bundestag kein Selbstauflösungsrecht zusteht, ist es grundsätzlich nicht zulässig, diese Vertrauensfrage „absichtlich“ dadurch zu verlieren, dass sich bspw. die Regierungsmitglieder der Stimme enthalten.

Außerdem fordert das BVerfG als *ungeschriebene Voraussetzung* des Art. 68 GG eine *politisch instabile Lage*, wobei hier dem Bundeskanzler ein *gerichtlich kaum überprüfbarer Beurteilungsspielraum* zukommt.¹⁵

Eine besondere Rolle kommt der *Mitgliedermehrheit* auch dann zu, wenn der Bundesrat gegen ein Bundestagsgesetz Einspruch erhebt (dazu sogleich unten). Dieser Einspruch kann nur mit der *Mitgliedermehrheit* zurückgewiesen werden, vgl. Art. 77 IV S. 1 GG.

Hat der Bundesrat mit $\frac{2}{3}$ - Mehrheit Einspruch erhoben, so sind nach Art. 77 IV S. 2 GG auch $\frac{2}{3}$ der abgegebenen Stimmen, mindestens aber die *Mitgliedermehrheit* zur Zurückweisung erforderlich¹⁶.

c) Verfahren im Bundesrat (BR)

- aa) Nach Art. 77 I S. 2 GG hat der Präsident des BT das beschlossene Gesetz „unverzüglich“ an den BR weiterzuleiten. Dabei ist unverzüglich i.d.S. nicht als „sofort“, sondern in Anlehnung an das Zivilrecht, vgl. § 121 BGB, als Handeln ohne schuldhaftes Zögern zu verstehen¹⁷.

Indem der Präsident des BT den Gesetzesbeschluss innerhalb von zwei Tagen nach Beschlussfassung an den BR weitergeleitet hat, ist insofern Art. 77 I S. 2 GG i.V.m. § 122 GeschO BT Genüge getan.

- bb) Das weitere Verfahren im BR ist abhängig davon, ob es sich bei dem ÄnderungsG zum AufenthG um ein **Einspruchs-** oder ein **Zustimmungsgesetz** handelt. Bei Zustimmungsgesetzen ist die Zustimmung des BR unverzichtbares Wirksamkeitserfordernis.

- (1) Zustimmungsgesetze liegen immer dann vor, wenn die Zustimmungspflichtigkeit im Grundgesetz geregelt ist, wobei diese Regelungen nach h.M. abschließend sind¹⁸.

Das Änderungsgesetz selbst enthält nach den Sachverhaltsangaben keine zustimmungsbedürftigen Regelungen. Ein Zustimmungserfordernis könnte sich deshalb allein aus der Tatsache ergeben, dass das AufenthG als solches zustimmungsbedürftig war.

¹⁵ BVerfG, DVBl. 2005, 1102 = L&L 2005, 635.

¹⁶ Vgl. zu den verschiedenen Mehrheiten Degenhart, Staatsrecht, Rn. 386.

¹⁷ Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 77 GG, Rn. 14.

¹⁸ Vgl. hierzu mit einer Aufzählung der wichtigsten Regelungen Hemmer/Wüst, Staatsrecht II, Rn. 175.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 5 – Lösung – Seite 7

Anmerkung: Die Zustimmungspflichtigkeit eines Bundesgesetzes ergab sich in der Vergangenheit meist daraus, dass es Regelungen über das Verwaltungsverfahren oder die Zuständigkeit der Behörden enthielt.

Da dies aber sehr häufig der Fall war, wurde die Zustimmungspflichtigkeit zum Normalfall, das Regel-Ausnahme-Verhältnis im Grundgesetz wurde quasi umgedreht.

Dies war einer der Hauptgründe für die Föderalismusreform. Nach der Neufassung des Art. 84 I GG kann der Bund künftig Verfahrens- und Zuständigkeitsregeln durch Einspruchsgesetz erlassen, die Länder erhalten aber das Recht, von den bundesgesetzlichen Vorgaben abzuweichen, Art. 84 I S. 2 GG. Nur wenn dieses Abweichungsrecht ausgeschlossen sein soll, ist künftig noch die Zustimmung des Bundesrates erforderlich, Art. 84 I S. 5 u. 6 GG.

- (a) Zum Teil, insbesondere vom BR, wurde die Ansicht vertreten, jede Änderung eines Zustimmungsgesetzes bedürfe erneut der Zustimmung des BR. Begründet wurde dies damit, dass der BR mit seiner Zustimmung die Mitverantwortlichkeit für das gesamte Gesetz übernommen habe. Da ursprüngliches Gesetz und ÄnderungsG zu einer Sinneinheit würden, könne der BR diese Mitverantwortung nur dann tragen, wenn auch das Änderungsgesetz seiner Zustimmung bedürfe¹⁹.

Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass dadurch das vom Grundgesetz vorgesehene Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Zustimmungs- und Einspruchsgesetz in sein Gegenteil verkehrt würde.

- (b) Nach h.M. ist schon aus diesem Grund ein Gesetz nicht schon deshalb als zustimmungsbedürftig anzusehen, weil es ein Zustimmungsgesetz ändert.

Vielmehr kommt es **nur auf den Inhalt des ÄnderungsG** an. Nur, wenn das ÄnderungsG

- selbst neue Vorschriften enthält, die die Zustimmungspflichtigkeit auslösen, oder

- wenn es zustimmungsbedürftige Regelungen des Ursprungsgesetzes ändert oder
- wenn das ÄnderungsG indirekt auf die die Zustimmungspflicht auslösenden Vorschriften einwirkt,

bestehe Zustimmungspflichtigkeit²⁰. Da hier keine dieser Alternativen erfüllt ist, wäre das ÄnderungsG zum AufenthG nicht zustimmungsbedürftig.

Für diese Ansicht der h.M. spricht insbesondere die Funktion des BR. Dieser ist schon nach dem Wortlaut des Grundgesetzes keine gleichwertige zweite Kammer eines einheitlichen Gesetzgebungsorgans, sondern hat nach Art. 50 GG nur Mitwirkungsrechte.

Gemäß Art. 77 GG werden Gesetze nämlich nur vom Bundestag und nicht auch vom Bundesrat beschlossen.

Die Auffassung der h.M. lässt sich auch damit begründen, dass es dem BT freisteht, ein Gesetzesvorhaben in einen zustimmungsbedürftigen formellen und einen nicht zustimmungsbedürftigen materiellen Teil aufzuspalten, solange diese Aufspaltung nicht völlig sinnwidrig und willkürlich ist²¹. Auch in einem solchen Fall erstreckt sich das Zustimmungserfordernis nicht auf den materiellen Teil.

Das ÄnderungsG zum AufenthG ist somit im Ergebnis nicht zustimmungsbedürftig.

Anmerkung: Handelt es sich um ein Zustimmungsgesetz, kann auch das Abstimmungsverfahren im Bundesrat ein Problem darstellen.

Der Bundesrat entscheidet nach Art. 52 III S. 1 GG mit der Mehrheit seiner Stimmen. Die Konsequenz ist, dass Enthaltungen wie Nein-Stimmen wirken. Ein aktuelles Problem stellt die „uneinheitliche Abstimmung“ der Vertreter eines Bundeslandes dar. Nach Art. 51 III S. 1 GG kann ein Land mehrere Vertreter entsenden, die nach Art. 51 III S. 2 GG aber nur einheitlich abstimmen dürfen, da es letztlich nicht um deren persönliche Meinung, sondern um die Meinung des jeweiligen Landes geht.

¹⁹ Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 424.

²⁰ BVerfGE 37, 363 (382); BVerfG NVwZ 2010, 1146 ff. = **L&L 1/2011**.

²¹ BVerfG, NJW 2002, 2543.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg Fall 5 – Lösung – Seite 8

Wird gegen dieses Gebot der einheitlichen Stimmabgabe verstoßen, sind die Stimmen grundsätzlich unwirksam. Z.T. wird allerdings vertreten, dass allein die Stimme des Ministerpräsidenten maßgeblich sei, wenn dieser an der Abstimmung beteiligt ist, sog. „Stimmführerschaft“. Diese Ansicht findet allerdings keinerlei Anhaltspunkte im Grundgesetz, das von gleichberechtigten Vertretern des Landes ausgeht, und ist deshalb abzulehnen.²²

- (2) Es handelt sich also um ein **Einspruchsgesetz**. Das bedeutet, dass der BR den Erlass des Gesetzes letztlich zwar nicht verhindern, ihn aber doch erschweren kann²³. So kann z.B. gemäß Art. 77 IV S. 2 GG eine $\frac{2}{3}$ Mehrheit im BT erforderlich sein, um den Einspruch des BR zurückzuweisen.

Vorliegend hat der BR am 19.02.2019 Einspruch gegen das ÄnderungsG erhoben.

Allerdings ist der Einspruch des BR nur statthaft, wenn zuvor das Verfahren im **Vermittlungsausschuss** nach Art. 77 II GG beendet worden ist.

Dies ergibt sich aus dem ausdrücklichen Wortlaut des Art. 77 III S. 1 GG²⁴.

Hier hat der BR jedoch von seinem Recht aus Art. 77 II S. 1 GG, innerhalb einer Frist von drei Wochen den Vermittlungsausschuss anzurufen, keinerlei Gebrauch gemacht, sondern nach Eingang des Gesetzes am 19.02.2019 direkt Einspruch erhoben. Ein Verfahren vor dem Vermittlungsausschuss fand somit nicht statt.²⁵

Anmerkung: Kommt es zur Einberufung des Vermittlungsausschusses, ist es gerade auch dessen Zweck, den Entwurf so zu ändern, dass Bundestag und Bundesrat einverstanden sind. Der Vermittlungsausschuss hat aber kein eigenes Gesetzesinitiativrecht, sondern vermittelt dabei nur zwischen den zuvor parlamentarisch beratenen Regelungsalternativen.

Der Vermittlungsvorschlag muss dem Bundestag aufgrund der dort geführten parlamentarischen Debatte zurechenbar sein und ist deshalb inhaltlich und formal an den durch den Bundestag vorgegebenen Rahmen gebunden.²⁶

- cc) Fraglich ist, welche Rechtsfolgen das Nichtanrufen des Vermittlungsausschusses hat.

Nach Art. 78 Var. 2 GG kommt ein Gesetz auch dann zustande, wenn der BR von seiner Möglichkeit, den Vermittlungsausschuss anzurufen, keinen Gebrauch macht. Vorliegend hat es der BR versäumt, erst das Vermittlungsverfahren abzuwarten und hat stattdessen „voreilig“ Einspruch erhoben.

Da dem BR aber mit Übersenden des Gesetzesbeschlusses die Möglichkeit eingeräumt wurde, von seinen statthaften Rechten Gebrauch zu machen, liegt eine ordnungsgemäße Beteiligung des BR im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens vor²⁷.

Der tatsächlich erhobene Einspruch vom 19.02.2019 ist somit im Ergebnis verfassungsrechtlich unerheblich und brauchte vom BT nicht weiter beachtet zu werden. Eine Umdeutung in einen Antrag nach Art. 77 II GG scheitert an dem eindeutigen Wortlaut, zumal wenn man beachtet, dass der Bundesrat aufgrund der zu erwartenden Rechtskenntnis nicht schutzwürdig ist. Im Übrigen war im Moment der Einlegung des Einspruchs die Frist des Art. 77 II GG bereits abgelaufen, sodass auch aus diesem Grund eine Umdeutung ausscheidet.

Zwischenergebnis: Das Gesetz ist somit jedenfalls in formeller Hinsicht entsprechend den Vorschriften des Grundgesetzes zustande gekommen. Aufgrund dieser formellen Verfassungsmäßigkeit hätte W das ÄnderungsG ausfertigen und verkünden müssen.

Seine diesbezügliche Weigerung erfolgte demnach zu Unrecht.

²² M.w.N. Schenke, „Die verfassungswidrige Bundesratsabstimmung“, NJW 2002, 1318; Ipsen, „Gespaltenes Votum bei Abstimmungen im Bundesrat“, DVBl. 2002, 653; Bonner Kommentar/Blumenwitz, Art. 51 GG, Rn. 27, so auch die Entscheidung des BVerfG, NJW 2003, 339 = DVBl. 2003, 194 = BayBl. 2003, 172, 206 = L&L 2003, 273; bspr. von Renner, NJW 2003, 332 sowie Risse, DVBl. 2003, 390.

²³ Hemmer/Wüst, Staatsrecht II, Rn. 174.

²⁴ Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 77 GG, Rn. 42.

²⁵ Dieser darf ggf. nur vermitteln, aber nicht neue Initiativen entwickeln, vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 665 = L&L 2008, 541.

²⁶ BVerfG, Beschluss vom 11.12.2018, 2 BvL 4/11 u.a. = L&L 2019, 713.

²⁷ Jarass/Pieroth, Art. 78 GG, Rn. 1.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg Fall 5 – Lösung – Seite 9

Der Bundespräsident hat jedoch nicht nur Zweifel an der formellen, sondern auch an der materiellen Rechtmäßigkeit des Gesetzes und verweigerte die Ausfertigung auch aus diesem Grund.

II. Materielles Prüfungsrecht

Diesbezüglich darf er die Ausfertigung allerdings nur verweigern, wenn ihm auch hinsichtlich der Vereinbarkeit der Gesetze mit den materiellen Bestimmungen des Grundgesetzes eine Prüfungsbefugnis zusteht. Ob dies der Fall ist, ist Gegenstand eines umfänglichen Meinungsstreits.

1. Wortlaut des Gesetzes

a) Wortlaut des Art. 82 I S. 1 GG

Einen Hinweis auf den Umfang der Prüfungsbefugnis des Bundespräsidenten könnte zunächst eine Interpretation der Formulierung des Art. 82 I S. 1 GG „nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes zustande gekommen“ geben.

Da in dieser Formulierung nicht eine Einschränkung auf bestimmte Vorschriften des Grundgesetzes enthalten ist, könnte Art. 82 GG die volle Übereinstimmung der auszufertigenden Gesetze mit sämtlichen Artikeln des Grundgesetzes verlangen.

Hiergegen wird auf den engen sachlichen Zusammenhang mit Art. 78 GG verwiesen, der für das Zustandekommen von Gesetzen nur bestimmte Verfahrensvoraussetzungen verlange; das sei ein Indiz dafür, dass an eine materielle Prüfungsbefugnis nicht gedacht sei.

Es seien in Art. 82 GG nur die Verfahrensvorschriften gemeint, da „zustande gekommen“ auf einen Weg und ein Verfahren hindeute. Aus diesem Grund sei eine materielle Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten abzulehnen.

Eine so einseitige Beschränkung des Art. 82 GG nur auf die Verfahrensvorschriften des Grundgesetzes lässt sich allein durch eine Überbetonung des Wortes „zustande gekommen“ nicht ableiten. Diese Ansicht verkennt zudem, dass ein Gesetz auch dann nicht nach den Vorschriften „dieses Grundgesetzes“ zustande gekommen ist, wenn es inhaltlich gegen die Verfassung verstößt.

Daher lässt sich allein aus dem Wortlaut des Art. 82 I S. 1 GG jedenfalls nicht die

Beschränkung des Bundespräsidenten auf eine formelle Prüfungsbefugnis herleiten. **Der Wortlaut des Art. 82 I S. 1 GG ist vielmehr indifferent und lässt mehrere Auslegungsmöglichkeiten zu²⁸.**

b) Art. 56 GG

Teilweise wird versucht, die materielle Prüfungsbefugnis des Bundespräsidenten aus seinem Amtseid (Art. 56 GG) herzuleiten, wonach er das Grundgesetz zu wahren und zu verteidigen hat.

Hierzu ist der Bundespräsident jedoch nur insoweit in der Lage, als ihm das Grundgesetz entsprechende Befugnisse einräumt.

Der Amtseid selbst kann eine solche Zuständigkeit nicht begründen.

Ob ihm aber Art. 82 I S. 1 GG eine solche Befugnis einräumt, ist gerade die Frage, die es zu beantworten gilt.

In dem Hinweis auf Art. 56 GG zur Begründung der materiellen Prüfungszuständigkeit liegt also ein falscher Rückschluss²⁹.

c) Art. 61 GG

Die materielle Prüfungsbefugnis wird auch mit der nach Art. 61 I GG gegebenen Möglichkeit der Präsidentenanklage wegen vorsätzlicher Verfassungsverletzung begründet. Wegen der hierdurch festgelegten eigenen rechtlichen Verantwortlichkeit müsse dem Bundespräsidenten auch die Möglichkeit gegeben werden, sich eines von ihm für grundgesetzwidrig erachteten Aktes zu enthalten.

Hiergegen spricht aber, dass der Bundespräsident durch die Ausfertigung eines materiell verfassungswidrigen Gesetzes nur dann gegen seine verfassungsmäßigen Pflichten verstoßen kann, wenn ihm eine materiell-rechtliche Prüfungskompetenz zusteht. Will man nun ein solches Prüfungsrecht über Art. 61 I GG begründen, so liegt darin wiederum ein unzulässiger Rückschluss. Art. 61 GG begründet keine Pflichten des Bundespräsidenten, sondern regelt nur eine mögliche Rechtsfolge bei Verstoß gegen solche Pflichten.

Zwischenergebnis: Entscheidende Argumente für oder gegen ein materielles Prüfungsrecht des Bundespräsidenten lassen sich damit weder dem Wortlaut des Art. 82 GG noch dem des Art. 56 GG oder Art. 61 GG entnehmen.

²⁸ Degenhart, **Staatsrecht I**, Rn. 464.

²⁹ Degenhart, **Staatsrecht I**, Rn. 464.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 5 – Lösung – Seite 10

Ob dem Bundespräsidenten ein materielles Prüfungsrecht zusteht und er damit hier die Ausfertigung des Gesetzes möglicherweise zu Recht verweigerte, **muss somit durch weitere Auslegung des Grundgesetzes** ermittelt werden.

Anmerkung: Ist der Wortlaut eines Gesetzes nicht eindeutig, müssen andere Anhaltspunkte für die Gesetzesauslegung herangezogen werden.

- a) *Systematische Auslegung*
Kontext von Gesetz und gesamter geltender Rechtsordnung.
- b) *Historische Auslegung*
Kontext früher geltender Gesetze
- c) *Genetische (teleologische) Auslegung*
Kontext der Gesetzesmaterialien, Frage nach Sinn und Zweck des Gesetzes

2. Argumente gegen ein materielles Prüfungsrecht

a) Staatsrechtliche Stellung des Bundespräsidenten

aa) Verhältnis zum BVerfG

Gegen eine umfassende materielle Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten wird eingewandt, neben dem Bundesverfassungsgericht als einem mit umfassenden Kompetenzen ausgestatteten Kontrollorgan für die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen sei für eine materielle Prüfungszuständigkeit des Bundespräsidenten kein Raum mehr. Die materielle Prüfung eines Gesetzes durch den Bundespräsidenten würde danach die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in Gefahr bringen.

Gegen diese Ansicht spricht aber die Möglichkeit, die Frage, ob der Bundespräsident hätte ausfertigen müssen, sofort zum Gegenstand eines Organstreitverfahrens zu machen. Auch der Hinweis darauf, dass nur das Bundesverfassungsgericht mit Verbindlichkeit über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen entscheiden könne, schließt nicht eine **vorherige** Prüfung durch den Bundespräsidenten als Teil des Gesetzgebungsverfahrens aus.

Die ablehnende Ansicht über die materielle Prüfungsbefugnis geht davon aus, dass diese Kompetenz den Bundespräsidenten zum „**Hüter der Verfassung**“ macht; diese

Rolle komme allein dem Bundesverfassungsgericht zu. Da aber der Bundespräsident nur eine vorläufige Entscheidung trifft, die abschließende Stellungnahme aber allein dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten bleibt, muss die Befürchtung, der Bundespräsident könnte in eine Stellung gelangen, in der er als Staatsoberhaupt Hüter der Verfassung sei, als gegenstandslos erscheinen.

Es sollte auch nicht der eigenständige Wert eines präventiven, normenkontrollähnlichen Verfahrens verkannt werden.

Einmal wird hierdurch eine Normenkontrolle schon vor dem Inkrafttreten eines Gesetzes ermöglicht, während das Bundesverfassungsgericht nur die Möglichkeit zu einer nachträglichen Normenkontrolle hat, und zum andern wird hierdurch vermieden, dass politische Entscheidungen vor einer eindeutigen Stellungnahme der gesetzgebenden Organe in ein justizförmiges Verfahren abgedrängt werden.

Damit kann keines der Argumente, die wegen der umfassenden Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts gegen eine Prüfungsbefugnis des Bundespräsidenten vorgetragen werden, überzeugen.

bb) allgemeine staatsrechtliche Stellung des Bundespräsidenten, Gewaltenteilungsgrundsatz

Der Bundespräsident kann auch nicht – wie befürchtet³⁰ – durch eine materielle Nachprüfung der Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit einen **maßgeblichen Einfluss** auf die **gesetzgeberische Willensbildung** nehmen und damit gegen die Gewaltenteilung verstoßen.

Einmal ist sein Einfluss auf die verfassungsrechtliche Negation beschränkt, und zum anderen ist seine Entscheidung durch ein im Organstreitverfahren erwirkbares Urteil überwindbar, soweit er sich zu Unrecht weigerte, das Gesetz also verfassungsgemäß war. Andernfalls wäre das Gesetz sowieso nichtig.

Auch aus der allgemeinen staatsrechtlichen Stellung des Bundespräsidenten ergeben sich somit keine Gründe gegen eine materielle Prüfungszuständigkeit des Bundespräsidenten.

³⁰ Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 466.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg Fall 5 – Lösung – Seite 11

Anmerkung: Sie können hier natürlich auch zu einem anderen Ergebnis gelangen. Wichtig ist allein, dass Sie dieses fundiert begründen. Hier lässt sich auch vertreten, dass für den Inhalt der Gesetze allein der demokratisch legitimierte Gesetzgeber zuständig ist.

An seine Entscheidung soll der Bundespräsident grundsätzlich gebunden sein.

Mit dieser Argumentation können Sie auch zu einem Mittelweg gelangen, nämlich zu einer Evidenzkontrolle. Der Bundespräsident ist also an die Einschätzung des Gesetzgebers gebunden, es sei denn dessen Auffassung ist offensichtlich rechtswidrig³¹. Der Nachteil an dieser Ansicht ist allerdings, dass sie offenlässt, wann Offenkundigkeit vorliegen soll.

b) Historisch-genetische Auslegung

Die Gegner einer materiellen Prüfungsbefugnis des Bundespräsidenten weisen mit besonderem Nachdruck auf die gegenüber dem Reichspräsidenten der Weimarer Reichsverfassung **geschwächte Stellung** des Bundespräsidenten hin, den das Grundgesetz in die Rolle des repräsentativen Staatsoberhauptes zurückgedrängt habe. Die staatsrechtliche Stellung des Bundespräsidenten verwehre ihm jede Einflussnahme auf die gesetzgeberische Willensbildung. Das folge schon aus der Grundentscheidung der Verfassung für ein gewaltenteilendes System und daraus, dass dem Bundespräsidenten eine Befugnis zur materiellen Prüfung nicht ausdrücklich zugewiesen sei. Zudem wird aufgrund der geschwächten Stellung des Staatsoberhauptes eine restriktive Auslegung auch der ihm verbleibenden Befugnis gefordert.

Gegen diese Einschränkung wird zu Recht geltend gemacht, dass die tatsächlich schwächere Stellung gegenüber dem Reichspräsidenten nicht wieder zur weiteren Einschränkung einer dem Bundespräsidenten verbliebenen Befugnis verwendet werden dürfe. Das würde einen Zirkelschluss bedeuten, da gerade zu prüfen ist, ob die Verringerung der Befugnisse des Präsidenten auch die Ablehnung etwa einer materiellen Prüfungsbefugnis enthält.

Außerdem ist zu beachten, dass dem Bundespräsidenten eine eigenständige, **aus dem Grundgesetz abzuleitende** Stellung

zukommt und seine Bedeutung nicht lediglich aus einem negativen Vergleich mit der Weimarer Reichsverfassung gewonnen werden darf³².

c) Die tatsächlichen Prüfungsmöglichkeiten des Bundespräsidenten

Als letzter Einwand wird geltend gemacht, der Bundespräsident besitze keinen geeigneten Mitarbeiterstab und gerate somit bei der Ausübung seiner Kontrollfunktion in Abhängigkeit von der Regierung oder von anonym bleibenden, demokratisch nicht legitimierten Gutachtern, deren Auswahl dann schon die Entscheidung bestimme. Diese Einwände müssen schon deswegen zurückgewiesen werden, weil sie sich lediglich auf eine tatsächliche Gestaltung der Verhältnisse beziehen, die gegebenenfalls geändert werden müsste und könnte.

3. Argumente für ein materielles Prüfungsrecht

a) Die Verknüpfung von formeller und materieller Verfassungsmäßigkeit

Ein häufig verwandtes Argument zur Begründung einer umfassenden Prüfungsbefugnis des Bundespräsidenten ist die untrennbare Verknüpfung von formeller und materieller Verfassungsmäßigkeit beziehungsweise -widrigkeit.

aa) Im Hinblick auf verfassungsändernde Gesetze

Ein Gesetz, das inhaltlich der Verfassung widerspreche, könne formell nur dann verfassungsmäßig zustande kommen, wenn es vom Bundestag und Bundesrat mit Zweidrittelmehrheit beschlossen (Art. 79 II GG) und der Text des Grundgesetzes ausdrücklich abgeändert wird (Art. 79 I S. 1 GG). Da somit die materielle Verfassungswidrigkeit stets die formelle Verfassungswidrigkeit zur Folge habe, schließe die formelle Prüfungsbefugnis des Bundespräsidenten notwendig die Prüfungsbefugnis hinsichtlich der materiellen Verfassungsmäßigkeit ein.

Hiergegen wird eingewandt, die Prüfung des Bundespräsidenten habe sich lediglich darauf zu erstrecken, ob der Weg der Verfassungsänderung oder der des einfachen Gesetzes eingehalten worden sei. Die äußere Gestalt des Gesetzes allein entscheidet darüber, in welchen Formen es zustande kommen könne.

³¹ Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 466.

³² Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 457.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 5 – Lösung – Seite 12

Nur wenn eine ausdrückliche Änderung des Verfassungstextes vorliege, sei zu prüfen, ob die Formen der verfassungsändernden Gesetzgebung eingehalten worden seien.

Nach dieser Auffassung kommt es allein darauf an, ob der Gesetzgeber für seinen Akt ein verfassungsänderndes Gesetz für erforderlich hält oder nur ein einfaches Gesetz.

Die Festsetzung dieser gewählten Form soll der Nachprüfung durch den Bundespräsidenten nicht mehr unterliegen; er hat sich auf die Nachprüfung der Mehrheiten zu beschränken.

Gegen diese Ansicht spricht aber, dass nicht die vom Gesetzgeber gewählte **Form** darüber entscheidet, ob ein Gesetz verfassungsändernden Inhalt hat, sondern allein der **materielle Gehalt** des Gesetzes. Deswegen muss auch das Erfordernis der Verfassungstextänderung (Art. 79 I S. 1 GG) der Nachprüfung durch den Bundespräsidenten unterliegen.

Diese Prüfung kann er jedoch nur dann vollziehen, wenn er auch den materiellen Gehalt des Gesetzes nachprüft.

bb) Im Hinblick auf Zustimmungsgesetz

Das Argument von der begrifflichen Verknüpfung der formellen und materiellen Verfassungsmäßigkeit stützt sich noch darauf, dass sich ohne Prüfung des Gesetzesinhalts nicht feststellen lasse, ob ein Gesetz der Zustimmung des Bundesrats bedurfte.

Hiergegen wird eingewendet: Da sich das Erfordernis der Zustimmung bereits aus dem Gegenstand der Regelung ergebe, bedürfte es nicht des inhaltlichen Vergleichs von einfachem Gesetzesrecht mit Verfassungsrecht. Ob ein Gesetz unter den Katalog der zustimmungsbedürftigen Gesetze fällt, lässt sich aber nur dadurch feststellen, dass der Inhalt des einfachen Gesetzes mit dem Inhalt des Kataloges der Zustimmungsgesetze verglichen wird. Das aber bedeutet eine materiellrechtliche Überprüfung des einfachen Gesetzes am Maßstab der Verfassung, mithin eine Überprüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit.

Dies gibt auch die Gegenmeinung zu, sieht hierin aber lediglich eine **materiellrechtliche Vorfrage** im Rahmen der Prüfung bezüglich der Zustimmungsbefürftigkeit.

Hierdurch wäre das Argument von der Verknüpfung der formellen und materiellen Verfassungsmäßigkeit jedoch nur dann entwertet, wenn es die materielle Prüfungsbefugnis des Bundespräsidenten unwiderleglich beweisen sollte.

Davon kann aber nicht die Rede sein; es soll zusammen mit anderen Erwägungen lediglich plausibel machen, dass Art. 82 I S. 1 GG dem Bundespräsidenten nicht nur eine formelle, sondern auch eine materielle Prüfungsbefugnis einräumt.

b) Grundgesetzbindung des Bundespräsidenten

Eine weitere wichtige Erwägung für das materielle Prüfungsrecht kann in der Grundgesetzbindung aller Verfassungsorgane durch Art. 1 III GG und Art. 20 III GG gesehen werden.

Hieraus ergibt sich für die Tätigkeit aller Verfassungsorgane, dass sie für alle eigenen Akte und alle Akte, an denen sie mitwirken, die **verfassungsrechtliche Verantwortung** tragen.

Da alle Organe, die an der Gesetzgebung beteiligt sind, zur Beachtung des Grundgesetzes verpflichtet sind, muss jedes Organ auch der Bundespräsident zur Prüfung der Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit berechtigt sein.

Das gleiche meinen wohl diejenigen, die sagen, **für ein oberstes Staatsorgan sei es unzumutbar, einer nach seiner Überzeugung verfassungswidrigen Maßnahme zur Durchsetzung zu verhelfen**³³.

Hieraus folgt, dass der Bundespräsident auch befugt sein muss, ein auszufertigendes Gesetz auch auf seine materielle Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen.

Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich die materielle Verfassungswidrigkeit des Gesetzes aufdrängt. Dem Bundespräsidenten ist es unzumutbar, sehenden Auges ein verfassungswidriges Gesetz in Kraft zu setzen.

³³ Schwerdtfeger, Rn. 660.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 5 – Lösung – Seite 13

Zwischenergebnis: Weil die Überprüfung eines Gesetzes auf seine formelle Verfassungsmäßigkeit notwendig eine materielle Prüfung einschließt und wegen der Grundgesetzbindung des Bundespräsidenten, hat der Bundespräsident bei der Ausfertigung nach Art. 82 I S. 1 GG auch eine materielle Prüfungsbefugnis jedenfalls im Hinblick auf evidente Verstöße³⁴.

Anmerkung: Von dieser materiellen Prüfungsbefugnis ist das politische Prüfungsrecht zu trennen. Dieses steht dem Bundespräsidenten unstreitig nicht zu³⁵. Hierin läge ein unzulässiger Eingriff in die politische Staatsleitung durch das Parlament. Politisch gesteht das BVerfG dem Präsidenten „nur“ das Recht zu durch seine Worte zu wirken, also in Reden auf vermeintliche Missstände oder Fehlentwicklungen hinzuweisen. Die Grenzen dieses Äußerungsrechts liegen u.a. in der parteipolitischen Neutralität des Bundespräsidenten sowie dem Recht der Parteien auf Chancengleichheit, wobei dem Bundespräsidenten ein weitgehender Beurteilungsspielraum zusteht. Die Bezeichnung Rechtsradikaler als „Spinner“ wurde deshalb vom BVerfG nicht beanstandet.³⁶

4. Berechtigung der Ausfertigungsverweigerung

Der Bundespräsident könnte schon immer dann berechtigt sein, die Ausfertigung eines Gesetzes zu verweigern, wenn er es nach gewissenhafter Prüfung für **verfassungswidrig** hält. Doch die Ausübung der Prüfungsbefugnis nach bestem Wissen und Gewissen mag den Bundespräsidenten zwar davor schützen, verfassungsrechtlich belangt zu werden, sie kann aber nicht ohne weiteres als unwiderleglicher Hinweis für die Rechtmäßigkeit seines Handelns gelten. Da die subjektive Überzeugung eines Verfassungsorgans über die Rechtmäßigkeit seines Handelns nicht zum Maßstab der objektiven Beurteilung gemacht werden kann, ist die Weigerung des Bundespräsidenten nur dann berechtigt, wenn **objektiv** festgestellt wird, dass das auszufertigende Gesetz verfassungswidrig ist.

Anmerkung: An dieser Stelle müssten Sie nun in einer Klausur inzident die materielle Verfassungsgemäßheit des Gesetzes prüfen. Das ÄnderungsG dürfte im vorliegenden Fall jedenfalls an der Verhältnismäßigkeit scheitern. Ein generelles Verbot der politischen Betätigung für Ausländer ist nicht erforderlich und schon gar nicht angemessen, um die Gefahren, die durch wenige gewaltbereite, radikal eingestellte Ausländer entstehen, zu bekämpfen.

Laut Bearbeitervermerk ist von der materiellen Verfassungswidrigkeit des Gesetzes auszugehen. Der Bundespräsident hat damit die Ausfertigung zu Recht verweigert.

III. Verletzung von Rechten der Fraktionen

Da die Weigerung aufgrund der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes zu Recht erfolgt ist, kann schon nicht in Rechte der Fraktionen eingegriffen werden.

Anmerkung: Ob im Organstreitverfahren in der Begründetheit zwingend eine Rechtsverletzung des Antragstellers zu fordern ist, erscheint angesichts des Wortlauts des § 67 BVerfGG fraglich, da demnach das BVerfG nur die objektive Rechtmäßigkeit feststellt. Dafür spricht allerdings der konträraktische Charakter der Streitigkeit.

Ergebnis: Das Gesetz ist materiell verfassungswidrig. Der Bundespräsident hat seine Ausfertigung somit zu Recht verweigert. Der Organstreit ist zulässig, hat in der Sache jedoch keine Aussicht auf Erfolg.

Arbeitshinweise

Lesen Sie zum Prüfungsrecht des Bundespräsidenten Hemmer/Wüst, StaatsR II, Rn. 212 ff. sowie zum Gesetzgebungsverfahren Hemmer/Wüst, StaatsR II, Rn. 168 ff.

Vertiefungsfragen

1. Skizzieren Sie kurz die wesentlichen Unterscheidungsmerkmale zwischen Mehrheitswahl und Verhältniswahl!
2. Nach welchem System vollzieht sich die Wahl zum Deutschen Bundestag?
3. Wie sind die Zuständigkeiten im Bereich der Gesetzgebung verteilt? Welche Gesetzgebungskompetenzen hat der Bund?

³⁴ Vgl. m.w.N. Hemmer/Wüst, Staatsrecht II, Rn. 223.

³⁵ So Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 468.

³⁶ BVerfG, Urteil vom 10.07.2014, 1 BvE 4/13 = L&L 2014, 828.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 6 – Lösung – Seite 1

Fall 6 – Lösung

ÜBERSICHT

Frage 1: Durfte Bundespräsident Entlassung verweigern?

I. Voraussetzung der Entlassung

§ 4 ParlStG¹ (nur formelle Voraussetzungen) ⇒ hier: Einvernehmen des Ministers B fehlt!

⇒ Bundespräsident darf Entlassung verweigern!

II. aber: fehlendes Einvernehmen aufgrund Befugnisse des Bundeskanzlers unbeachtlich?

⇒ Vorrang der **Richtlinienkompetenz** des Bundeskanzlers vor der **Ressortkompetenz** des Ministers?

Gestaltungsprinzipien: Art. 65 GG

1. Kanzlerprinzip (Richtlinienkompetenz) = Satz 1

2. Ressortkompetenz = Satz 2

⇒ Organisationsgewalt innerhalb des Ressorts

3. Kollegialitätsprinzip = Satz 3

Ergebnis: Organisationsgewalt innerhalb der Ressorts typischer Bestandteil der Ressortkompetenz, Richtlinienkompetenz (-) ⇒ fehlendes Einvernehmen nicht unbeachtlich ⇒ Bundespräsident darf Entlassung verweigern

Teil 2: Wie kann der Bundeskanzler die Entlassung des Staatssekretärs betreiben?

I. Zwang gegenüber Minister auf Erteilung des Einverständnisses

⇒ aus Koalitionsvereinbarung resultierendes Weisungsrecht des Bundeskanzlers

Problem: Rechtliche Bindungswirkung der Koalitionsvereinbarung?

1. öffentlich-rechtlicher Vertrag?

aber: §§ 54 ff. VwVfG ist auf Verfassungsebene nicht anwendbar! Parteien keine Behörden

2. verfassungsrechtlicher Vertrag?

aber: nur politisch kontrollierbar, da mangels Rechtswegs keine rechtliche Durchsetzbarkeit

3. unverbindliche Absprache?

⇒ Koalitionsvereinbarung kann jedenfalls (unbeachtlich ihrer Rechtsnatur) nicht zu einer Umgehung des Grundgesetzes führen.

Hier: Koalitionsvereinbarung ⇔ Art. 65 GG, Ressortkompetenz ⇒ nach allen Ansichten Bindungswirkung (-) ⇒ kein Weisungsrecht aus Koalitionsvereinbarung

II. Bundeskanzler kann allenfalls Minister entlassen, vgl. Art. 64 I GG

⇒ § 4 S. 3 ParlStG: Amtszeit des Staatssekretärs ebenfalls beendet

Teil 3: Zulässigkeit der förmlichen Entschließung des Bundestages

sog. „schlichter Parlamentsbeschluss“ ⇒ grds. zulässig, weil unverbindlich!

Ausfluss der umfassenden Kontrollbefugnis des Bundestages

aber: Abgrenzung zu Art. 67, 68 GG (Konstruktives Misstrauensvotum/Vertrauensfrage)

⇒ keine anderweitige allgemeine Missbilligung

hier: Entschließung zulässig, da auf einzelne Handlung bezogen und keine umfassende Missbilligung des Handelns des Bundeskanzlers

Teil 4: Zulässigkeit des Feststellungsantrags

Organstreit, Art. 93 I Nr. 1 GG i.V. mit §§ 13 Nr. 5, 63 BVerfGG

I. Parteifähigkeit des Antragstellers

Z = Abgeordneter des Bundestages

eigene Rechte aus Art. 38 I S. 2 GG

¹ Sartorius Nr. 47

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 6 – Lösung – Seite 2

II. Parteifähigkeit des Antragsgegners

- ⇒ derjenige, dem Pflichtverletzung vorge-
worfen wird
- ⇒ Bundestagspräsident (Zurechnung über
§ 8 GeschO-BT)

III. Antragsbefugnis, § 64 BVerfGG

1. Streitgegenstand

Umfang von Rechten und Pflichten des
Bundestagspräsidenten

2. Behauptung einer Rechtsverletzung des Z

Verletzt ist mgwl. Redefreiheit des Abge-
ordneten

a) Besteht ein solches Recht?

⇒ Art. 5 I GG (-)

Redefreiheit dient unmittelbar den Parla-
mentsaufgaben

⇒ unmittelbar aus Art. 38 I S. 2 GG abzu-
leiten

b) Ist dieses Recht mgwl. verletzt?

Rüge hat nur mahnenden Charakter

zulässig als „Minus“ gegenüber formellen
Mitteln

⇒ ohne jede rechtliche Wirkung

Ergebnis: von vornherein keine subjektive
Rechtsverletzung des Z möglich

Antrag unzulässig

LÖSUNG

Frage 1:

**Darf der Bundespräsident die Entlas-
sung des parlamentarischen Staatssek-
retärs X verweigern?**

I. Der Bundespräsident darf die Entlassung verweigern, wenn die Voraussetzungen ei- ner Entlassung des X nicht gegeben sind.

Die Entlassung eines parlamentarischen
Staatssekretärs richtet sich nach
§ 4 ParlStG. Sie wird auf **Vorschlag** des
Bundeskanzlers im **Einvernehmen** mit
dem für den Staatssekretär **zuständigen**
Minister durch den Bundespräsidenten
verfügt, § 4 S. 2 ParlStG. Der parlamenta-
rische Staatssekretär kann jederzeit entlas-
sen werden, § 4 S. 1 ParlStG. Es sind
keine materiellen Entlassungsgründe not-
wendig. Die Entlassung des parlamentari-
schen Staatssekretärs knüpft allein an die
formellen Voraussetzungen des § 4 S. 2
ParlStG an.

Das Einvernehmen des Ministers B liegt
nicht vor. Der Bundespräsident kann die
Entlassung verweigern.

II. Die Notwendigkeit des ministeriellen Ein- vernehmens könnte eventuell überwunden werden. Dies ist dann der Fall, wenn die **Richtlinienkompetenz** des Bundeskanz- lers gegenüber der **Ressortkompetenz** des Ministers Vorrang hat.

Die Gestaltungsprinzipien der Bundesre-
gierung sind in Art. 65 GG normiert:

1. Kanzlerprinzip (Richtlinienkompetenz)

Art. 65 S. 1 GG verleiht dem Bundeskanz-
ler die Kompetenz, die **Richtlinien** der Po-
litik zu bestimmen.

2. Ressortprinzip

Art. 65 S. 2 GG begründet die selbststän-
dige und höchstmögliche Eigenverantwor-
tung der Minister im Rahmen ihrer Zustän-
digkeit. Die Minister haben die **Organisati-
onsgewalt für ihre Ressorts**.

3. Kollegialprinzip

Art. 65 S. 3 GG bestimmt, dass alle **wichti-
gen Fragen im gesamten Kabinett ent-
schieden werden**.

Die Richtlinienkompetenz verleiht dem
Bundeskanzler die Befugnis, Richtung und

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 6 – Lösung – Seite 3

Gestaltung der Gesamtpolitik zu bestimmen.

Die Richtlinienkompetenz endet an der Organisationsgewalt der Ressortminister². Die Organisationsgewalt umfasst auch personelle Fragen.

Die **Richtlinienkompetenz** des Bundeskanzlers erstreckt sich **nicht** auf die **Personalentscheidung** des Ministers³. Die Ressortkompetenz des Innenministers B überwiegt die Richtlinienkompetenz.

Anmerkung: Andernfalls wäre die Einvernehmensregelung in § 4 S. 2 ParlStG überflüssig. Welchen Sinn sollte eine solche Regelung haben, wenn das fehlende Einvernehmen jederzeit vom Bundeskanzler aufgrund seiner Richtlinienkompetenz übergangen werden könnte.

Zur Entlassung des X ist das ministerielle Einvernehmen erforderlich. Dieses fehlt.

Der BPräs ist demnach berechtigt, die Entlassung zu verweigern.

Anmerkung: Ein über den Inhalt des § 4 S. 2 ParlStG hinausgehendes Prüfungsrecht steht dem Bundespräsidenten nicht zu⁴. Liegen die Voraussetzungen des § 4 S. 2 ParlStG vor, dann muss er die Entlassung verfügen. Liegen die formellen Voraussetzungen des § 4 S. 2 ParlStG nicht vor, darf der Bundespräsident den parlamentarischen Staatssekretär nicht entlassen.

Exkurs: Staatssekretär

1. Beamteter Staatssekretär

Der beamtete Staatssekretär ist Leiter der dem Minister nachgeordneten Behörden. Er ist oberster Verantwortlicher für die Durchführung der Exekutivanordnungen des Ministers. Er vertritt den Minister gegenüber den nachgeordneten Behörden, § 14 III GeschO-BReg. Der beamtete Staatssekretär unterliegt dem Beamtenrecht. Bei Annahme einer Wahl zum Bundestag würde er aus dem Amt des Staatssekretärs ausscheiden.

Die Amtszeit ist nicht an die des Ministers gebunden, § 89 a BBG, § 5 AbgG.

2. Parlamentarischer Staatssekretär

Der parlamentarische Staatssekretär ist Mitglied des Bundestages, § 1 I Hs. 2 ParlStG.

Er wird auf Verlangen des Bundeskanzlers im Einvernehmen des Ministers diesem beigeordnet, § 1 I Hs. 2 ParlStG, und unterstützt den Minister bei dessen Aufgabenerfüllung, § 1 II ParlStG. Er kann jederzeit entlassen werden und die Entlassung verlangen, § 4 S. 1 ParlStG. Er unterliegt den Weisungen des Ministers; die Übertragung selbstständiger Aufgaben würde gegen den ministeriellen Verantwortlichkeitsgrundsatz aus Art. 65 S. 2 GG verstoßen.

Die Amtszeit eines parlamentarischen Staatssekretärs endet gemäß § 4 ParlStG

(1) mit Entlassung,

(2) mit Ablauf der Amtszeit seines Ministers oder

(3) mit Ausscheiden aus dem Bundestag.

Mit dem parlamentarischen Staatssekretär sucht sich die Regierung eine Hilfsperson, die (auch auf Grund der Parteibindungen) ihr Vertrauen genießt. Auf Grund dieses Treueverhältnisses und der engen persönlichen Bindung zum Minister übt die Regierung auf den parlamentarischen Staatssekretär einen größeren Einfluss aus als auf den beamteten.

Die besondere Aufgabe des parlamentarischen Staatssekretärs ist die Vertretung des Ministers gegenüber dem Parlament, § 14 II GeschO-BReg. Darüber hinaus nimmt er diejenigen Aufgaben wahr, die ihm durch den Minister zugewiesen werden, § 14a GeschO-BReg. D.h., dem parlamentarischen Staatssekretär können auch Befugnisse zugewiesen werden, die eigentlich den beamteten zustehen, z.B. Leitung einer dem Minister nachgeordneten Behörde.

Aufgrund dieser Aufgabenzuweisung in § 14 a GeschO-BReg kann der parlamentarische Staatssekretär den beamteten Staatssekretär aus dessen Aufgaben verdrängen. Das wirft verfassungsrechtliche Probleme auf.

² Schmitt-Bleibtreu/Klein, Art. 65 GG, Rn. 4 ff.;
Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 65 GG, Rn. 5 ff.,
Rn. 53 ff.

³ Gallois, „Rechtsstellung und Aufgaben des parlamentarischen Staatssekretärs“, Diss. 1983, S. 27.

⁴ Stern, Staatsrecht, § 30 III 4.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 6 – Lösung – Seite 4

a) Parlamentarische Staatssekretäre sind, auch wenn sie gemäß § 8 ParlStG die Bezeichnung „Staatsminister“ führen, nicht Mitglieder der Regierung. Art. 62 GG bildet den *numerus clausus* der Regierungsglieder. Dennoch werden entgegen § 14 I GeschO-BReg zur Vertretung des Ministers im Kabinett auch parlamentarische Staatssekretäre herangezogen⁵.

b) Gemäß §§ 14a, 14 III GeschO-BReg werden den parlamentarischen Staatssekretären ministerielle Aufgaben übertragen.

Der parlamentarische Staatssekretär ist insoweit gegenüber den nachgeordneten Behörden weisungsbefugt. Er ist jedoch Mitglied des Bundestages.

D.h.: Ein Mitglied der Legislative erteilt einem Exekutivorgan Weisungen. Das bedeutet die Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips, Art. 20 II GG.

c) Gemäß Art. 33 IV GG wird die öffentliche Verwaltung durch Angehörige des öffentlichen Dienstes ausgeübt. Voraussetzung ist ein Treueverhältnis zum Staat. Leitet ein parlamentarischer Staatssekretär die dem Minister nachgeordnete Behörde, wird hoheitliche Gewalt durch ein Parlamentsmitglied ausgeübt.

Frage 2:

Welche Möglichkeiten hat der Bundeskanzler, die Entlassung des parlamentarischen Staatssekretärs zu betreiben?

- I. Der Bundeskanzler könnte den Innenminister zur Abgabe des Einverständnisses zwingen, wenn der Minister zu diesem Einvernehmen verpflichtet ist.

Die Verpflichtung könnte sich aus der **Koalitionsvereinbarung** ergeben. Gemäß dieser Absprache ist der Innenminister an die Weisung des Bundeskanzlers gebunden.

Die Koalitionsvereinbarung ist grundsätzlich zulässig. Das ergibt sich aus **Art. 21 GG** und der daraus abgeleiteten Befugnis, sich über gemeinsame politische Ziele zu verständigen.

Ebenso kann die Bundeskanzlerwahl gemäß Art. 63 GG oder die Bundesministerwahl gemäß Art. 64 GG durch Absprachen zwischen den Parteien bestimmt sein.

An die Koalitionsvereinbarung sind die Beteiligten aber nur gebunden, wenn diese eine rechtliche Bindungswirkung entfaltet. Über die Bindungswirkung herrscht ein Meinungsstreit:

1. Die Bindungswirkung wird begründet durch die Qualifikation als **öffentlich-rechtlicher Vertrag**⁶.

Öffentlich-rechtliche Verträge können grundsätzlich von Behörden geschlossen werden, vgl. § 54 S. 2 VwVfG. Die Koalitionspartner sind aber am **Verfassungsleben** beteiligte Personen. Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist eine Gestaltungsmöglichkeit **exekutiver** Belange. Das VwVfG regelt nur das Verfahren der Behörden, also der an der öffentlichen Verwaltung beteiligten Stellen, vgl. § 1 IV VwVfG. §§ 54 ff. VwVfG sind auf Organe der **Legislative** nicht anwendbar.

Die Koalitionsvereinbarung ist kein öffentlich-rechtlicher Vertrag.

2. Koalitionsvereinbarungen sind **verfassungsrechtliche Verträge** und entfalten als solche grundsätzlich eine Bindungswirkung für die Beteiligten.

Diese Bindungswirkung und die daraus resultierende Verpflichtung soll aber, da sie Kernbereiche der politischen Verantwortlichkeit berührt, **rechtlich nicht durchsetzbar** sein⁷.

Der Innenminister B wäre grundsätzlich zur Abgabe des Einverständnisses aus der Koalitionsabsprache verpflichtet.

Diesen eventuellen Anspruch könnte der Kanzler aber nicht rechtlich durchsetzen, da kein verfassungsgerichtliches Verfahren aus dem abschließenden Katalog des § 13 BVerfGG einschlägig wäre.⁸ Insbesondere ein Organstreitverfahren käme nicht in Betracht, da es nicht um Rechte und Pflichten aus der Verfassung geht. Die Möglichkeit, den Minister zur Abgabe des Einverständnisses zu zwingen, entfällt.

⁵ Schmitt-Bleibtreu/Klein, Art. 62 GG, Rn. 12.

⁶ BGHZ 29, 187.

⁷ Friauf, AöR 1963, 308; Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 435.

⁸ Vgl. zu dieser abschließenden Wirkung des § 13 BVerfG auch BVerfG, Beschluss vom 20.02.2013, 2 BvE 11/12 = **L&L 2013, 523**.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 6 – Lösung – Seite 5

3. Die Koalitionsvereinbarung ist **eine nicht bindende Absprache**⁹. Die Parteien gehen bereits beim Abschluss der Vereinbarung davon aus, dass im Fall der Änderung der politischen Lage Entscheidungen nach der politischen Opportunität fallen werden.

Nach dieser Ansicht bestünde aus der Koalitionsvereinbarung schon gar keine Rechtspflicht für B.

Der Meinungsstreit kann im Ergebnis dahingestellt bleiben, wenn aus anderen Gründen die Koalitionsvereinbarung **unwirksam** ist. Koalitionsvereinbarungen sind nur innerhalb der verfassungsmäßigen Grenzen zulässig. Ihre Inhalte dürfen zwingenden Grundgesetznormen nicht zuwiderlaufen¹⁰.

Die Gestaltungsprinzipien der Regierung aus Art. 65 GG dürfen also durch Koalitionsvereinbarungen nicht umgangen werden. Die Koalitionsabsprache über das Weisungsrecht des Bundeskanzlers in allen personellen Fragen widerspricht der Organisationsgewalt der Minister und damit dem Ressortprinzip aus Art. 65 S. 2 GG. Die Koalitionsvereinbarung ist inhaltlich rechtswidrig.

Der Bundeskanzler kann den Minister nicht zur Abgabe des Einvernehmens zwingen.

- II. Der Bundeskanzler könnte allenfalls den **Minister entlassen**. Das Recht der jederzeitigen Entlassung eines Ministers ergibt sich aus Art. 64 I GG. Damit würde auch der parlamentarische Staatssekretär aus dem Amt ausscheiden, § 4 S. 3 ParlStG.

Frage 3:

War die Entschließung des Bundestages zur förmlichen Missbilligung zulässig?

Es stellt sich die Frage der Zulässigkeit sog. **schlichter Parlamentsbeschlüsse**. Die Kontrollkompetenz des Bundestages umfasst die Befugnis der Stellungnahme zu allen rechtlichen Fragen, die den Bundestag, seine Organe oder Mitglieder betreffen können. Die schlichten Beschlüsse sind **unverbindlich**. Aus diesem Grund hält die h.M. sie für zulässig¹¹.

Die Weisung des Bundeskanzlers A an den Minister B betrifft die Entlassung des parlamentarischen Staatssekretärs X. X ist Mitglied des Bundestages. Der Bundestag kann zur Weisung des A Stellung beziehen.

Beschlüsse des Bundestages dürfen aber generell nicht gegen die gesamte Amtsführung des Bundeskanzlers gerichtet sein. Eine **allgemeine Missbilligung** des Bundeskanzlers käme der Abstimmung nach einem Antrag nach Art. 68 GG (**Vertrauensfrage**) gleich. Die Vertrauensfrage darf aber von Seiten des Parlaments nur auf dem Weg des **konstruktiven Misstrauensvotums** gemäß Art. 67 GG gestellt werden. Die Umgehung durch eine allgemeine Amtsmissbilligung ist unzulässig.

Der Entschluss des Bundestages betrifft nur ein bestimmtes Verhalten des Bundeskanzlers A und stellt keine allgemeine Missbilligung dessen Amtsführung dar. Der Entschluss ist zulässig.

Frage 4:

Ist der Feststellungsantrag des Z zulässig?

In Betracht kommt ein **Organstreit** gemäß Art. 93 I Nr. 1 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG.

I. Beteiligtenfähigkeit

Fraglich ist insoweit bereits, ob Z als einzelner Abgeordneter des Bundestages beteiligtenfähig i.S.d. § 63 BVerfGG ist. Er könnte als Teil des Bundestags betrachtet werden.

Das BVerfG versteht hierunter aber nur verfestigte Teile wie Fraktionen, nicht jedoch auch einzelne Bundestagsabgeordnete.¹²

Z könnte sich aber auf den Wortlaut des weiter gefassten Art. 93 I Nr. 1 GG berufen „**oberste Bundesorgane, andere Beteiligte, die mit eigenen Rechten ausgestattet sind**“.

⁹ Hesse, Verfassungsrecht, Rn. 178.

¹⁰ v. Münch, Art. 65 GG, Rn. 6.

¹¹ Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 51.

¹² BVerfGE 27, 152.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 6 – Lösung – Seite 6

Z ist Abgeordneter im Bundestag. Er kann sich gemäß Art. 38 I S. 2 GG auf eigene Rechte innerhalb des Bundestages berufen. Z ist im Sinne des Art. 93 I Nr. 1 GG ein mit Rechten ausgestatteter anderer Beteiligter. Z ist beteiligtenfähig.

II. Antragsgegner

Antragsgegner ist dasjenige Organ, dem die Pflichtverletzung vorgeworfen wird. Im Fall greift Z das Verhalten des stellvertretenden Parlamentspräsidenten an. Gemäß § 8 GeschO-BT handelt der Stellvertreter an Stelle des Präsidenten. Sein Verhalten wird dem Bundestagspräsidenten zugerechnet.

Richtiger Antragsgegner ist der **Bundestagspräsident** als in der GeschO-BT (vgl. §§ 21 ff.) mit eigenen Rechten ausgestatteter Beteiligter.

III. Antragsbefugnis

(„**geltend machen, unmittelbar verletzt oder gefährdet zu sein**“, § 64 I BVerfGG)

Z muss geltend machen, durch die Maßnahme des Antragsgegners in seinen Rechten verletzt zu sein.

1. Streitgegenstand

Es besteht Streit über den Umfang von Rechten und Pflichten aus der parlamentarischen Ordnungs- und Disziplinargewalt des Bundestagspräsidenten sowie über die Rechte des Z aus seinem Abgeordnetenstatus.

2. Behauptung einer Pflichtverletzung durch den Bundestagspräsidenten

Die Ordnungs- und Disziplinargewalt ist Bestandteil der dem Parlament durch Art. 40 I S. 2 GG gewährleisteten Geschäftsordnungsautonomie¹³. Träger der Ordnungsgewalt ist das Parlament selbst. Der Präsident erhält die Ordnungsbefugnis kraft Übertragung durch das Plenum.

Der Bundestagspräsident übt die Ordnungsgewalt gemäß §§ 7 I S. 2, 36 ff. GeschO-BT in eigener Verantwortung aus¹⁴.

Bei der Ausübung dieser Gewalt könnte der Präsidentenstellvertreter seine Befugnisse überschritten haben.

3. Behauptete Rechtsverletzung des Z

Im Organstreitverfahren kann ein Abgeordneter nur die Verletzung **eines mit seinem verfassungsrechtlichen Status verbundenen Rechts geltend machen**¹⁵.

a) Recht auf freie Meinungsäußerung, Art. 5 I GG

Die freie Rede des Abgeordneten ist **nicht vergleichbar** mit der Freiheit des Bürgers aus Art. 5 I GG.

Die Redefreiheit des Abgeordneten dient unmittelbar der Erfüllung seiner in der Verfassung normierten Parlamentsaufgaben.

Er wird insoweit als Teil des Staates tätig und kann sich deshalb nicht auf die Grundrechte berufen, die ja gerade Abwehrrechte gegen den Staat sind. Durch die Beschränkung der parlamentarischen Redefreiheit kann nur in das Recht aus Art. 38 I S. 2 GG eingegriffen werden¹⁶.

b) Rederecht aus Art. 38 I S. 2 GG

Das Recht aus Art. 38 I S. 2 GG¹⁷ müsste verletzt sein können. Dies ist jedenfalls nicht der Fall, wenn die **Rüge** durch den Bundestagspräsidenten schon nicht in Rechte des Z eingreift.

Die Rüge ist vom **Ordnungsruf** gemäß § 36 GeschO-BT zu trennen.

aa) Der Ordnungsruf hat präventiven Charakter als Maßnahme unterhalb einer Sanktion. Es handelt sich um einen Hinweis zur Beachtung parlamentarischer Gepflogenheiten. Der Ordnungsruf ist rechtlich beachtlich, vgl. Einspruch gemäß § 39 GeschO-BT.

Ein Ordnungsruf liegt nur dann vor, wenn er ausdrücklich als solcher bezeichnet ist. Dieses strenge Formerfordernis soll ihn von der Rüge abgrenzen.

bb) Die Rüge hat allein mahnenden Charakter. Sie entfaltet keine Rechtswirkung. Insbesondere ist kein Einspruch nach § 39 GeschO-BT erforderlich.

¹³ BVerfGE 44, 208.

¹⁴ Schmitt-Bleibtreu/Klein, Art. 40 GG, Rn. 10.

¹⁵ BVerfGE 43, 148.

¹⁶ Jarass/Pieroth, Art. 38 GG, Rn. 32.

¹⁷ Vgl. zu den organschaftlichen Rechten auch BVerfG, NVwZ 2007, 916.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 6 – Lösung – Seite 7

Entfaltet die Rüge keine rechtliche Wirkung, kann der gerügte Abgeordnete von vornherein nicht in Rechten verletzt sein. Die Möglichkeit der Rechtsverletzung von Z scheidet aus.

Eine bestimmte Form ist für die Rüge nicht vorgesehen; sie kann auch als Ermahnung oder Missbilligung ausgesprochen werden. Das Rügerecht gründet sich auf die Ordnungs- und Disziplinarbefugnis des Bundestagspräsidenten¹⁸. Die Rüge ist das mildeste Mittel gegenüber einem Abgeordneten zur Aufrechterhaltung der parlamentarischen Ordnung. Die Rüge wird bei leichten Verstößen angeordnet, bei denen der Ordnungsruf noch nicht angezeigt erscheint.

Ergebnis: Der Abgeordnete Z ist nicht durch einen Ordnungsruf beschränkt. Der stellvertretende Parlamentspräsident sprach eine Rüge aus. Mangels rechtlicher Auswirkungen kann Z nicht in Rechten verletzt sein.

Z steht keine Beschwerdebefugnis zu. Der Antrag ist unzulässig.

Arbeitsanleitung

Wiederholen Sie die Zusammensetzung der Bundesregierung sowie die wesentlichen Regierungsprinzipien, Hemmer/Wüst, Staatsrecht II, Rn. 226 ff. Lesen Sie zudem zum Recht der Untersuchungsausschüsse Hemmer/Wüst, Staatsrecht II, Rn. 265 ff. sowie Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 17.11.2014, Vf. 70-VI-14 = **L&L 2015,198**. Interessant an dieser Entscheidung auch die Frage, ob und wenn ja vor welchem Gericht sich ein Betroffener unmittelbar bereits gegen einen Einsetzungsbeschluss wehren kann. Nach Ansicht des BayVerfGH liegt eine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor, so dass nur eine Verfassungsbeschwerde möglich ist. Diese wird aber regelmäßig an der Beschwerdebefugnis scheitern, da in dem Einsetzungsbeschluss noch kein Grundrechtseingriff liegt.

Vertiefungsfragen

1. Was ist ein konstruktives Misstrauensvotum, wo ist es im Grundgesetz bzw. in der Landes Verfassung geregelt?
2. Wie sind die Verwaltungskompetenzen verteilt? Welche Aufsichtsregelungen bestehen?
3. Sind gemeinsame Ländereinrichtungen ein Verstoß gegen das Bundesstaatsprinzip?

¹⁸ Schmitt-Bleibtreu/Klein, Art. 40 GG, Rn. 10.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 7 – Lösung – Seite 1

Fall 7 - Lösung

ÜBERSICHT

Bund-Länder-Streit gemäß Art. 93 I Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68 ff BVerfGG

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG: Verfassungsrechtliche Bund-Länder-Streitigkeit i.S.d. Art. 93 I Nr. 3 GG (kein Fall des § 50 VwGO)

II. Parteifähigkeit des Ministers (–); nur Landesregierung als Ganzes antragsberechtigt; Gegner: Bundesregierung

III. Streitgegenstand: Verfassungsmäßigkeit der Weisung des Bundesministeriums

IV. Antragsbefugnis: Verletzung der Art. 30, 83 GG (Länderverwaltungshoheit) möglich

V. Sechs-Monats-Frist (§§ 69, 64 III BVerfG); **schriftlicher** Antrag erforderlich (§ 23 BVerfGG)

VI. Ergebnis: Zulässigkeit (+)

B. Begründetheit:

Frage: Verletzt Weisung Länder in eigenen Rechten, insbesondere Länderverwaltungshoheit (Art. 83, 85 GG)?

I. Rechtsgrundlage: Art. 85 III GG

Durchführung des Atomrechts ist Bundesauftragsverwaltung, Art. 87c, 73 I Nr. 14 GG, § 24 I AtomG.

II. Formelle Verfassungsmäßigkeit (+)

Zuständigkeit des Bundesministers (+)

Ordnungsgemäßes Verfahren: Aus der Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten folgt Anhörungserfordernis und Androhung; hier (+)

III. Materielle Verfassungsmäßigkeit?

1. Weisungsrecht erfasst gesamte Verwaltungstätigkeit; konkrete Weisung zulässig

2. Weisung hinreichend bestimmt.

3. Ermessensausübung ordnungsgemäß; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verhältnis von Bund zu Land nicht anwendbar, da keine Grundrechte betroffen; Pflicht zur Bundestreue

4. Inhalt der Weisung

a) Verstoß gegen UVPG: Rechtswidrigkeit (+)

aber: hierdurch wird Land nicht in eigenen Rechten betroffen, da mit der Weisung die Sachkompetenz auf den Bund übergegangen ist.

b) Keine Verletzung des Art. 2 II GG

staatliche Schutzpflicht durch Anforderungen im AtomG erfüllt; Restrisiko ist als „sozialadäquate Last“ vom Bürger zu tragen.

Darüber hinaus auch insoweit keine Verletzung von Rechten des Landes ersichtlich: Grundrechte der Bürger (Art. 2 II GG) kann Land nicht geltend machen, da Bund hierfür ebenso verantwortlich ist (keine Prozessstandschaft)

Absolute Grenze des Weisungsrechts (grobe Missachtung der Grundrechte, Unzumutbarkeit) hier nicht überschritten.

IV. Ergebnis: Begründetheit (–)

Abwandlung

Möglichkeiten des Bundes, ein Land zu weisungskonformen Verhalten zu zwingen:

I. Rechtsaufsicht, Art. 85 IV GG

II. Bundeszwang, Art. 37 GG

III. Bund-Länder-Streit, Art. 93 I Nr. 3 GG

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 7 – Lösung – Seite 2

LÖSUNG¹

Erfolgsaussichten einer Klage gegen die Weisung des Bundesministers

A. Zulässigkeit (Bund-Länder-Streit)

I. Zuständigkeit des BVerfG

Gemäß **Art. 93 I Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68 ff BVerfGG** ist das BVerfG zur Entscheidung einer verfassungsrechtlichen Bund-Länder-Streitigkeit zuständig. Fraglich ist, ob es sich hier um eine *verfassungsrechtliche Streitigkeit* handelt. Denn für nichtverfassungsrechtliche Bund-Länder-Streitigkeiten ist der Gerichtsweg zum BVerwG eröffnet (vgl. §§ 40, 50 I Nr. 1 VwGO). Eine Streitigkeit ist *grundsätzlich* immer dann verfassungsrechtlich, wenn die beteiligten Rechtssubjekte Verfassungsrechtssubjekte sind und der Streitgegenstand materiell dem Verfassungsrecht unterliegt (sog. „doppelte Verfassungsunmittelbarkeit“).²

Merke: Gemäß § 50 I Nr. 1 VwGO ist das BVerwG für Bund-Länder-Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art zuständig. Wenn es sich über die Einordnung als „nichtverfassungsrechtlich“ unsicher ist, kann es nach § 50 III VwGO eine Vorlage beim BVerfG durchführen, um diese Frage zu klären. § 50 III VwGO stellt somit eine Ausnahme zu § 17a VwGO dar, die der besonderen Bedeutung des BVerfG Rechnung trägt.

Der Landesminister macht geltend, die Weisung sei verfassungswidrig, weil hierdurch kompetenzrechtliche Vorschriften sowie andere Verfassungsgrundsätze verletzt würden. Weiterhin ist er der Auffassung, die Weisung sei rechtswidrig, da sie gegen einschlägige Vorschriften des UVPG verstoße. Hierdurch sei das Land in verfassungsrechtlichen Rechten verletzt worden.

Dies ist aber eine verfassungsrechtliche Streitfrage, deren Beantwortung in Auslegung des Art. 85 GG und nicht in Auslegung von einfachem Bundesrecht zu gewinnen ist.³ Auf den Meinungsstreit, ob die verfassungsrechtliche Bund-Länder-Streitigkeit auch dann statthaft ist, wenn es um die Frage der **Vereinbarkeit der Weisung mit einfachem Recht** (hier: UVPG) geht, kommt es vorliegend also nicht an.

Anmerkung: Das BVerwG hat vor einiger Zeit entschieden, dass eine Klage, die auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Weisung im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung gerichtet ist, immer verfassungsrechtlicher Natur sei.⁴ Begründung: Die Weisung ergeht nach Art. 85 III GG, ist also ein Instrument des Verfassungsrechts. Der Wortlaut des Art. 93 I Nr. 3 GG weist Streitigkeiten über die „Ausübung der Bundesaufsicht“ dem BVerfG zu, ohne dabei irgendwie im Hinblick auf den Inhalt der Streitigkeit zu differenzieren. Damit schränkt das GG als ranghöhere Norm den Anwendungsbereich des § 50 VwGO ein, der ja ausdrücklich unter dem Vorbehalt der „nichtverfassungsrechtlichen“ Streitigkeit steht. Auch der Gedanke der prozessualen Rechtssicherheit spricht dafür, bei Streitigkeiten um die Recht- und Verfassungsmäßigkeit von Weisungen im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung einheitlichen Rechtsschutz vor dem BVerfG zu gewähren. Denn häufig steht sowohl ein Verstoß gegen einfaches Recht als auch ein solcher gegen Verfassungsrecht im Raum. In der Vergangenheit hatten die Antragssteller deshalb „zur Sicherheit“ häufig zwei parallele Klagen eingereicht, um die Fristen nicht zu verpassen. Konsequenz dieser Rspr des BVerwG ist, dass das BVerfG auch über die Auslegung von einfach- gesetzlichen Normen zu entscheiden hätte, obwohl es sich eigentlich nur mit „spezifischem Verfassungsrecht“ beschäftigt.

¹ Die dem Fall zugrunde liegende Entscheidung ist abgedruckt in BVerfGE 81, 310 [„Kalkar II“]. Vgl. auch BVerfGE 84, 25, 31 ff [„Schacht Konrad“]. Klausurmäßige Darstellungen bei Kisker JuS 1995, 717; Kisker/Höfling Fälle StaatsOrgR, 2. Aufl., Fall 1; Bethge/Rozek Jura 1995, 213.

² Die Faustformel von der „doppelten Verfassungsunmittelbarkeit“ ist aber nur im Regelfall richtig. Bspw. ist das BVerfG auch für Verfassungsbeschwerden zuständig, obwohl sich hier keine Verfassungsorgane streiten.

³ So auch Kisker/Höfling Fälle StaatsOrgR, 2. Aufl., S. 5.

⁴ BVerwG JA 1998, 16 = NVwZ 1998, 500. Zum Streitstand vgl. BVerfG NVwZ 1991, 870; Kisker JuS 1995, 717; Bethge/Rozek Jura 1995, 213; Zimmermann DVBI 1992, 93; Winter DVBI 1985, 993.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 7 – Lösung – Seite 3

Problematisch ist diese Rspr jedoch vor allem auch aus einem anderen Grund: Wie sogleich darzustellen ist, kann eine inhaltlich rechtswidrige Weisung nicht in Rechte der Länder eingreifen, so dass ein Bund-Länder-Streit, der auf die Rechtswidrigkeit der Weisung gestützt wird, immer unbegründet ist. Das BVerfG wird deshalb keine Überlegungen zur Auslegung einfachen Rechts anstellen. Damit läuft die Rspr des BVerwG auf eine Rechtsschutzverweigerung gegenüber dem Land hinaus, dem eine Klärung der Rechtswidrigkeit einer Weisung nicht möglich ist. Das Land ist vielmehr darauf angewiesen, dass sich Bürger gegen die Umsetzung der Weisung wehren und dabei (inzident) die Rechtmäßigkeit der Weisung geprüft wird [siehe unten].

*Zur Frage der Übertragbarkeit der vor dem BVerfG geltenden 6-monatigen Antragsfrist gemäß §§ 69, 64 III BVerfGG auf einen Bund-Länder-Streit vor dem BVerwG (§ 50 I Nr. 1 VwGO) siehe **BVerfG NVwZ 2004, 468 m. Anm. Kaufmann S. 438**.*

II. Parteifähigkeit

Für den Bund-Länder-Streit ist der Landesminister selbst nicht antragsberechtigt (§ 68 BVerfGG). Antragsteller kann nur die **Landesregierung** sein. Folglich kann hier nur die Landesregierung gegen die Weisung vorgehen. Antragsgegner ist die Bundesregierung.

Anmerkung: Da die Verfassung in Art. 93 Nr. 3 GG nicht sagt wer genau den Antrag stellen kann, ich die Konkretisierung in § 68 BVerfGG getroffen worden. Das BVerfG (vom 19.8.2011 2BvG 1/10) hat auf ein Verfahren, welche von einem Landesparlament beantragt wurde, ausdrücklich klargestellt, dass § 68 BVerfGG den Kreis der Parteifähigen zutreffend bestimmt:

1. Die Beschränkung der Antragsberechtigung im Bund-Länder Streit auf die jeweiligen Regierungen durch § 68 BVerfGG begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Begrenzung der Antragsberechtigung ist durch sachliche Erwägungen begründet. Sie dient der Vermeidung eines ebenenübergreifenden Organstreits und widersprüchlicher Prozesshandlungen. Auch bei Auseinandersetzungen um Gesetzgebungskompetenzen führt diese Regelung nicht zu erkennbaren Defiziten.

Die Landesparlamente haben, sofern sie die Landesregierung nicht kraft ihrer Regierungsbildungs- und Kontrollfunktion zur Führung eines Bund-Länder-Streits anhalten können, die Möglichkeit, mit Hilfe einer Organklage vor dem Landesverfassungsgericht deren Verpflichtung zur Antragstellung zu erstreiten. Das Bundesgesetz kann zudem im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle angegriffen werden. Die Antragsteller können sich auch nicht auf eine Verletzung der Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) berufen, weil diese als "formelles Hauptgrundrecht" der Durchsetzung von Rechten natürlicher und juristischer Personen des Privatrechts dient und auf Gebietskörperschaften und deren Organe grundsätzlich keine Anwendung findet. Das Rechtsstaatsprinzip und der Grundsatz der Bundesstaatlichkeit sind durch § 68 BVerfGG ebenfalls nicht verletzt.

2. Die Regelung ist auch keiner erweiternden Auslegung zugänglich. Der Gesetzgeber hat nicht übersehen, dass der Bund-Länder-Streit nicht nur Exekutivstreitigkeiten, sondern auch Streitigkeiten über den Umfang der Gesetzgebungskompetenzen zum Gegenstand haben kann. Soweit der (verfassungsändernde) Gesetzgeber in der Folgezeit eigenständige Antragsbefugnisse der Landtage eingeführt hat, etwa in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a und Abs. 2 GG, handelt es sich um eng begrenzte Ausnahmefälle.

3. Die Annahme einer Verfahrensstandschaft des Landtags kommt nicht in Betracht. Deren Wesen ist es, dass fremde Rechte in eigenem Namen verfolgt werden. Eine Verfahrensstandschaft für die Landesregierung im Bund-Länder-Streit ist danach ausgeschlossen, weil es hier nicht um eine Verletzung von Zuständigkeiten der Landesregierung geht; eine Verfahrensstandschaft für das Land scheidet aus, weil sie auf eine Umgehung von § 68 BVerfGG hinausliefe.

III. Streitgegenstand

Streitgegenstand ist die Verfassungsmäßigkeit einer Weisung des Bundesministeriums. Hierbei handelt es sich um eine konkrete rechtsverbindliche Maßnahme des Bundes gegenüber dem betroffenen Bundesland im Bereich der Bundesauftragsverwaltung i.S.d. Art. 93 I Nr. 3 GG i.V.m. §§ 69, 64 BVerfGG.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 7 – Lösung – Seite 4

IV. Antragsbefugnis, § 69, 64 BVerfGG

Die Landesregierung macht geltend, dass die Regelungen des Art. 85 III GG im Hinblick auf den Umfang sowie die Art und Weise der Ausübung des Weisungsrechts nicht beachtet worden seien. Unter Berücksichtigung dieses Vorbringens erscheint eine Verletzung des Landes in seiner Länderverwaltungshoheit aus Art. 30, 83 GG zumindest als möglich, was für die nach §§ 69, 64 BVerfGG erforderliche Antragsbefugnis ausreicht („Möglichkeitstheorie“).

V. Form, Frist

Die Landesregierung muss innerhalb von sechs Monaten gegen die Weisung vorgehen (§§ 69, 64 III BVerfGG). Der Antrag ist schriftlich zu stellen (§ 23 BVerfGG).

VI. Zwischenergebnis

Der Bund-Länder-Streit ist zulässig.

Anmerkung: Ein Unterfall der Bund-Länder-Streitigkeit ist der in Art. 84 IV 2 GG geregelte Fall, dass ein Land nach Auffassung des Bundes seiner Pflicht zur ordnungsgemäßen Ausführung der Bundesgesetze nicht nachkommt (vgl. § 13 Nr. 7 BVerfGG). Hier ist als besondere Zulässigkeitsvoraussetzung zunächst ein Beschluss des Bundesrates einzuholen („Vorverfahren“); außerdem beträgt die Antragsfrist gemäß § 70 BVerfGG einen Monat nach dieser Beschlussfassung.

B. Begründetheit

Der Antrag im Bund-Länder-Streit ist begründet, wenn die Weisung des Bundesministers das **Land in seinen verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten verletzt** hat. Dies hat das BVerfG in seiner Entscheidung zu prüfen und ggf. festzustellen (§§ 69, 67 BVerfGG).

I. Rechtsgrundlage der Weisung

Grundsätzlich wird Bundesrecht durch die Länder als eigene Angelegenheit ausgeführt (Art. 83 HS. 1 GG). Dies gilt nicht, wenn das GG etwas anderes bestimmt

oder zulässt (Art. 83 HS. 2 GG). Die Verfassung kennt zwei Fälle eines Weisungsrechts des Bundes:

(1) Art. 84 V 1 GG (Einzelweisungen für besondere Fälle kraft besonderer gesetzlicher Ermächtigung) und

(2) Art. 85 III GG (Bundesauftragsverwaltung). Hier beruft sich der Bundesminister auf Art. 85 III GG.

Bei der in Frage stehenden Verwaltung müsste es sich um einen Fall der **Bundesauftragsverwaltung i.S.d. Art. 85 GG** handeln.⁵ Gemäß Art. 87c GG können Gesetze, die auf Grund des Art. 73 I Nr. 14 GG ergehen, mit Zustimmung des Bundesrates bestimmen, dass sie von den Ländern im Auftrage des Bundes ausgeführt werden (sog. fakultative Bundesauftragsverwaltung). Eine solche Regelung wurde in § 24 I AtomG getroffen. Da sich die Weisung vorliegend auf ein atomrechtliches Genehmigungsverfahren nach § 7 AtomG bezieht, ist also ein Gegenstand betroffen, der im Auftrag des Bundes verwaltet wird.

II. Formelle Verfassungsmäßigkeit

1. Zuständigkeit des Bundesministers

Nach Art. 85 III GG unterstehen die Landesbehörden den Weisungen der zuständigen obersten Bundesbehörden, also insbesondere der Bundesregierung. Die Ausübung der Bundesaufsicht ist grundsätzlich Aufgabe und Kompetenz des jeweiligen Fachministeriums. Der Kanzler hat insoweit keine Richtlinien erlassen. Somit war der Bundesminister zur Erteilung der Weisung nach Art. 85 III GG zuständig.

Anmerkung: Anders dann aber das BVerfG⁶ für den Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften nach Art. 85 II GG. Diese sollen nur durch die Bundesregierung als Kollegium zulässig sein; zu dieser Entscheidung lesenswert: Koch Jura 2000, 179. Zum Begriff der Weisung und zur Problematik der Abgrenzung von allgemeinen Verwaltungsvorschriften und Weisungen siehe Lerche in: Maunz/ Dürig, Art. 85 Rn 50 ff.

⁵ Hierzu Degenhart StaatsR I, Rn 174 f.

⁶ BVerfG NVwZ 1999, 977.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 7 – Lösung – Seite 5

2. Ordnungsgemäßes Verfahren

Art. 85 III GG enthält keine näheren Angaben über ein bestimmtes Verfahren für die Erteilung einer Weisung im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung. Besondere Verfahrenserfordernisse könnten sich aber aus dem Grundsatz des bundes- bzw. länderfreundlichen Verhaltens ergeben. Die **Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten** (sog. „Bundestreue“) verlangt von Bund und Ländern, bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen wechselseitig Rücksicht auf das Gesamtinteresse des Bundesstaates und die Belange der Länder zu nehmen. Sie begrenzt die grundsätzliche Zulässigkeit von Weisungen und begründet zudem besondere Verfahrenserfordernisse im Weisungsverfahren. Sie gebietet, dass der Bund dem Land vor Erlass der Weisung **Gelegenheit zur Stellungnahme** gibt und in seiner Entscheidungsfindung dessen Standpunkt berücksichtigt. Auch muss dem Land verdeutlicht werden, dass der Bund eine Weisung erwägt, um die Bedeutung des Konflikts zu verdeutlichen („Androhung“).⁷

Vorliegend hat der Bund nicht gegen den Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens verstoßen. Das Land hatte bei den vorangehenden Gesprächen hinreichend die Möglichkeit, zu den streitigen Fragen Stellung zu nehmen. Auch wurde das Land darauf hingewiesen, dass der Bund gedenkt, das Weisungsrecht in Anspruch zu nehmen. Damit war das Verfahren der Weisungserteilung verfassungsmäßig.

III. Materielle Verfassungsmäßigkeit der Weisung

1. Umfang des Weisungsrechts

Die Weisungskompetenz des Art. 85 III GG erfasst die **gesamte Verwaltungstätigkeit** des Landes im Rahmen der Bundesauftragsangelegenheit. Gegenstand der Weisung kann sowohl eine nach außen hin zu treffende, verfahrensabschließende Entscheidung als auch das ihrer Vorbereitung dienende Verwaltungshandeln sein. Inhalt der Weisung kann auch die Festlegung auf eine bestimmte Gesetzesauslegung sein.⁸

Die Weisung des Bundesministers wahrt diese Schranken des Art. 85 III GG. Sie hat verfahrensleitenden Charakter, denn sie gibt dem Landesminister eine Rechtsauffassung zur Bindungswirkung der bisherigen Teilgenehmigungen zur Beachtung vor. Auch das Verbot, ein weiteres Gutachten einzuholen, ist von Art. 85 III GG gedeckt, da eine Weisung sich auch auf das Verwaltungshandeln erstrecken kann, das der Vorbereitung einer Entscheidung dient. Somit war eine Weisung in der hier vorliegenden Form nach Art. 85 III GG grundsätzlich zulässig.

Anmerkung: Ein Verstoß gegen Art. 85 GG liegt dagegen vor, wenn der **Bund die Grenzen seiner Verwaltungskompetenzen überschreitet**. Wichtig ist in diesem Zusammenhang der Grundsatz, wonach die **Gesetzgebungskompetenz des Bundes die äußerste Grenze seiner Verwaltungsbefugnisse darstellt**. Anders ausgedrückt: Der Bund darf ein Land nicht zu einem Verwaltungshandeln anweisen, das er gesetzlich mangels Kompetenz nicht regeln dürfte.⁹

2. Weisungsklarheit

Da die Weisung ein Instrument der Verwaltungssteuerung ist, muss sie grundsätzlich **inhaltlich klar und bestimmt** sein. Die angewiesene Behörde muss erkennen können, dass ihr gegenüber eine Weisung erteilt worden ist und welche Vorgaben für welches Verwaltungshandeln diese Weisung enthält. Dies lässt sich aus dem Bundesstaatsprinzip in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip herleiten.¹⁰ Das Schreiben des Bundesministers macht jedoch deutlich, dass eine Weisung aufgrund Art. 85 III GG ergehen soll. Die Weisung enthält zudem hinreichend konkrete Vorgaben. Damit wurde das Gebot der Weisungsklarheit im vorliegenden Fall eingehalten.

3. Ermessensausübung

Dem Bund steht ein Ermessen darüber zu, ob und in welchem Maße er von seiner Weisungsbefugnis Gebrauch macht.

⁷ BVerfGE 81, 310, 337 f; BVerfGE 84, 25, 33.

⁸ BVerfG NVwZ 2000, 1162; BVerfGE 81, 310, 337 f; BVerfGE 84, 25, 33.

⁹ So BVerfG NVwZ 2000, 1162 (Abstufung von Bundes- zur Landesstraße nicht von Art. 74 I Nr. 22, 90 II GG gedeckt).

¹⁰ BVerfG NVwZ 2000, 1162; BVerfGE 81, 310, 337 f; BVerfGE 84, 25, 33.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 7 – Lösung – Seite 6

Das Land macht geltend, der Bundesminister verletze durch die Weisung das **Verhältnismäßigkeitsprinzip**. Fraglich ist jedoch, ob dieses im vorliegenden Fall überhaupt anwendbar ist. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip leitet sich aus dem Rechtsstaatsprinzip und aus den Grundrechten ab und gilt für die Einwirkungen des Staates in den Rechtskreis des Bürgers. Es soll die Rechts- und Freiheitssphäre des Einzelnen verteidigen, stellt jedoch keine Maßstäbe für das Verhältnis zwischen Bund und Ländern in Kompetenzstreitigkeiten auf.¹¹

Denn die Funktion der Interessenabwägung im Einzelfall wird hier durch das Gebot der **Bundestreue** erfüllt. Im Rahmen seines Ermessens muss der Bund die Bedenken und Belange des betroffenen Landes berücksichtigen. Dies ist vorliegend geschehen. Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Bund um ein Einvernehmen mit dem Land bemüht. Der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens ändert nichts an der im GG festgelegten Kompetenzverteilung.

4. Inhalt der Weisung

Das Land könnte aber dadurch in seinen Rechten verletzt worden sein, dass die Weisung **inhaltlich rechts- bzw. verfassungswidrig** war.

a) Verstoß gegen UVPG (Rechtswidrigkeit)

aa) Laut Bearbeitervermerk ist davon auszugehen, dass die Weisung gegen das UVPG verstößt, welches eine erneute sicherheitstechnische Überprüfung des Schnellen Brütters verlangt. Das Land wird also zu einem rechtswidrigen Handeln angewiesen.

bb) Wie dargelegt, kann das **Land im Bund-Länder-Streit** aber nur geltend machen, durch eine Maßnahme des Bundes **in eigenen Rechten bzw. Kompetenzen verletzt** worden zu sein. Fraglich ist, ob das Land durch die Rechtswidrigkeit einer Weisung in seinen Rechten verletzt werden kann. Die Beantwortung der Frage, ob eine durch das auszuführende einfache Gesetz nicht gedeckte Weisung das Recht des Landes auf Ausübung seiner Verwaltungskompetenz (Art. 83, 85 GG) verletzt, hängt davon ab, wie man den Vorgang der Weisungserteilung dogmatisch konstruiert.

Im Schrifttum¹² findet sich der Vorschlag, die auf Art. 85 III GG gestützte Weisung wie einen in Grundrechte eingreifenden Verwaltungsakt zu deuten. Ist ein solcher Verwaltungsakt rechtswidrig, so liegt ein Eingriff in subjektive Rechte vor, gegen den sich der Rechtsinhaber mit einer Anfechtungsklage wehren kann.

Dies ist aber abzulehnen, da die beiden Fallgruppen nicht vergleichbar sind. Dem Bürger steht gegenüber dem Staat ein grundrechtlich abgesichertes Recht zu, nicht durch rechtswidriges staatliches Handeln in seiner Freiheit beeinträchtigt zu werden. Da jeder belastende Verwaltungsakt mindestens in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG eingreift, folgt automatisch, dass der Bürger durch die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts in subjektiven Rechten verletzt wird. Anders dagegen die vorliegende Situation. Denn hier handelt es sich um einen Streit innerhalb des Staates, bei dem Grundrechte nicht einschlägig sind. Es geht vielmehr um die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu berücksichtigen, dass im Fall der Bundesauftragsverwaltung die **Länderverwaltungskompetenz von Anfang an unter dem Vorbehalt der Weisungserteilung steht**. Dies ist gerade die Besonderheit der Bundesauftragsverwaltung. Der Bund soll jederzeit die Möglichkeit haben, im gesamtstaatlichen Interesse die Verwaltungskompetenzen an sich zu ziehen. Dabei ist zwischen der sog. „Wahrnehmungskompetenz“ und der „Sachkompetenz“ zu unterscheiden.

Die Befugnis zur Ausführung des Bundesgesetzes nach außen hin (**Wahrnehmungskompetenz**) ist den Ländern vom Grundgesetz unentziehbar garantiert. Auch im Falle einer Weisung tritt nach außen gegenüber dem Bürger (hier: dem Betreiber des Kernkraftwerkes) allein das Land in Erscheinung. Wenn sich der Bürger gegen die ihm gegenüber erlassene Maßnahme wehren will, muss er das Land verklagen.

¹¹ BVerfGE 81, 310, 337 f.

¹² Nachw. bei Kisker/Höfling Fälle StaatsOrgR, 2. Aufl., S. 5.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 7 – Lösung – Seite 7

Dem Bund sind Eingriffe in die Wahrnehmungskompetenz verwehrt; er darf also z.B. nicht eigene Behörden einschalten.¹³

Diese „Wahrnehmungskompetenz“ ist jedoch von der sog. „**Sachkompetenz**“ zu unterscheiden. Die Kompetenz zur Sachbeurteilung und Entscheidung steht zwar zunächst dem Land zu, steht aber unter dem Vorbehalt ihrer Inanspruchnahme durch den Bund. Dies kann z.B. durch den Erlass von allgemeinen Verwaltungsvorschriften oder eben durch Erteilung einer Weisung geschehen. Die Erteilung der Weisung führt dazu, dass die Sachkompetenz vom Land auf den Bund übergeht, sich also von einer Landes- in eine Bundeskompetenz verwandelt. Wenn der Bund diese nunmehr fehlerhaft ausübt, so greift er nicht rechtswidrig in eine fremde Kompetenz des Landes ein, sondern übt eine eigene Kompetenz fehlerhaft aus.

Dies entspricht auch dem **Sinn und Zweck des Art. 85 III GG**. Denn wenn ein Land unter Berufung auf die angebliche Rechtswidrigkeit einer Weisung deren Befolgung verweigern könnte, so wäre die schnelle und effektive Durchsetzung des im bundesstaatlichen Interesse liegenden Gesetzesvollzugs gefährdet. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der politischen Praxis, wonach die Interessengegensätze zwischen Bund und Ländern von denjenigen der dort regierenden Parteien überschattet werden. Denn sonst wäre es möglich, dass eine in einem Land regierende Partei aus parteipolitischen bzw. -taktischen Gründen den einheitlichen bundesstaatlichen Gesetzesvollzug blockiert.

Damit kann sich ein Land grundsätzlich nicht darauf berufen, der Bund übe seine Weisungsbefugnis inhaltlich rechtswidrig aus.¹⁴ Vielmehr trägt der **Bund** für die aufgrund seiner Weisung durchgeführten Maßnahmen des Landes politisch und verfassungsrechtlich die **alleinige Verantwortung**.

b) Verstoß gegen Grundrechte, Art. 2 II GG

aa) Das Land beruft sich weiterhin darauf, die Weisung gefährde Leib und Leben seiner Bürger und es könne ihm deshalb nicht zugemutet werden, sie zu vollziehen.

Fraglich ist, ob die Weisung gegen die aus Art. 2 II GG abgeleitete **Schutzpflicht für Leib und Leben** der Bürger verstößt. Der Staat (Länder und Bund) ist hiernach verpflichtet, die von der friedlichen Nutzung der Kernenergie ausgehenden Risiken in vertretbaren Grenzen zu halten. Gefahrenabwehr und Risikovorsorge sowie eine sichere Gewährleistung der Endlagerungsproblematik sind unabdingbare Voraussetzungen für die Wahrung der grundrechtlichen Schutzpflicht, wobei aber Ungewissheiten jenseits der Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens als sozialadäquate Lasten vom Bürger zu tragen sind.¹⁵ Diese Risikoabschätzung ist, ebenso wie die Grundsatzentscheidung für oder gegen eine friedliche Nutzung der Kernenergie, vom **Gesetzgeber** zu treffen (Parlamentarvorbehalt!), dessen Prognose nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar ist.

Der Gesetzgeber hat seine Entscheidungen mit dem Atomgesetz u.a. getroffen. Nach Auffassung des BVerfG legt das Atomgesetz die Genehmigungsbehörde auf den Grundsatz der bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge fest und genügt damit den Anforderungen des Art. 2 II GG, da es eine Genehmigung nur zulässt, wenn der Eintritt von Schäden nach dem *jeweiligen Stand von Wissenschaft und Technik* praktisch ausgeschlossen ist.¹⁶ Damit kann die Weisung nur dann gegen Art. 2 II GG verstoßen, wenn die bezweckte Genehmigung diese Anforderungen des aktuellen Stands von Wissenschaft und Technik nicht erfüllt. Dies ist aber im vorliegenden Fall nicht der Fall, da die Rechtswidrigkeit der Weisung bloß **verfahrensrechtliche** Schritte betrifft.

bb) Aber hierauf kommt es im Ergebnis ohnehin nicht an, wenn sich das Land bereits aus anderen Gründen nicht auf die Grundrechtswidrigkeit der Weisung berufen kann.

Die Länder sind nicht Träger von Grundrechten. Sie haben daher dem Bund gegenüber kein einfordersbares Recht, dass der Bund einen Verstoß gegen Grundrechte der Bürger unterlässt.

¹³ BVerfGE 81, 310, 337 f; BVerfGE 84, 25, 33.

¹⁴ BVerfG NVwZ 2000, 1162; BVerfGE 81, 310, 337 f; BVerfGE 84, 25, 33.

¹⁵ Schmidt/Bleibtreu/Klein Art. 87c Rn 3 mwN.

¹⁶ BVerfGE 53, 30; BVerfGE 49, 140; Schmidt/Bleibtreu/Klein Art. 87c Rn 3 mwN.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 7 – Lösung – Seite 8

Eine Verfahrensstandschaft des Landes für eventuelle Grundrechtsverletzungen der Bürger durch den Bund ist im Bund-Länder-Streit nicht möglich.¹⁷

Die Länder sind – wie dargelegt (siehe oben) – für die durch ordnungsgemäße Ausführung der Weisung verursachten Grundrechtsverletzungen verfassungsrechtlich nicht verantwortlich. Das Land kann also nicht geltend machen, die Weisung behindere es in der Wahrnehmung seiner eigenen grundrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 2 II GG im Hinblick auf Leben und Gesundheit seiner Bürger. Die Wahrnehmung dieser Pflicht und die Verantwortung für die Erfüllung obliegen allein dem Bund, sofern und soweit er durch eine Weisung seine Sachkompetenz in Anspruch genommen hat.

Schließlich kann man aus der objektivrechtlichen Dimension der Grundrechte keine Garantenstellung der Länder für die Einhaltung der Grundrechte ableiten. In der bundesstaatlichen Ordnung des GG, in der die Wahrnehmung der staatlichen Aufgaben und Befugnisse zwischen Bund und Ländern nach Kompetenzen aufgeteilt ist, binden die Grundrechte bei der Wahrnehmung bestehender Kompetenzen, begründen jedoch nicht selbst Kompetenzen.

Eine **Grenze alleiniger Verantwortlichkeit des Bundes** ergibt sich allerdings in dem äußersten Fall, dass eine zuständige oberste Bundesbehörde unter **grober Missachtung der ihr obliegenden Obhutspflicht** das Land zu einem Tun oder Unterlassen anweist, welches *im Hinblick auf die damit einhergehende allgemeine Gefährdung oder Verletzung bedeutender Rechtsgüter schlechterdings nicht verantwortet werden kann*.¹⁸

Denn in diesem Fall müsste das Land „sehenden Auges“ als „Gehilfe“ bei schwerwiegenden Grundrechtsverletzungen fungieren, was man von ihm in Hinblick auf seine Bindung an die Verfassung (Art. 20 III GG) nicht verlangen kann. In einem solchen Fall wäre der **Grundsatz der Bundestreue verletzt**. Das Land könnte sich auf eine Verletzung seiner Verwaltungskompetenz berufen.

Anmerkung: Hier hat sich das Gericht also eine „Hintertür“ offengelassen. Die Argumentation entspricht derjenigen, die ehemals beim Prüfungsrecht des Bundespräsidenten angewandt wurde. Ein Staatsorgan kann aufgrund seiner Verfassungsbindung nicht dazu gezwungen werden, an evidenten Grundrechtsverstößen mitzuwirken, auch wenn es für diese letztendlich aufgrund der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes nicht die verfassungsrechtliche Verantwortung trägt.

Im vorliegenden Fall kann man nicht annehmen, die Bundesbehörde habe unter grober Missachtung ihrer Pflichten eine erhebliche Gefährdung oder Verletzung bedeutender Rechtsgüter verursacht. Der Bundesminister hat sich die Stellungnahme der Reaktorsicherheitskommission zu Eigen gemacht. In dieser wird dargelegt, dass der Reaktor Grafenheinfeld und der Schnelle Brüter nicht vergleichbar sind und dass somit ein vergleichbarer Unfall ausgeschlossen ist.

IV. Ergebnis:

Die Bund-Länder-Klage ist unbegründet.

¹⁷ BVerfGE 81, 310, 337 f.

¹⁸ BVerfGE 81, 310, 337 f.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 7 – Lösung – Seite 9

ABWANDLUNG

Das Grundgesetz stellt dem Bund verschiedene Instrumente zur Verfügung, um die Befolgung einer Weisung zu erzwingen:

I. Rechtsaufsicht, Art. 85 IV GG

In erster Linie ist an die Mittel der Rechtsaufsicht zu denken. Diese ist in Art. 84 IV, V GG für den Bereich der Ländereigenverwaltung (Vollzug von Bundesrecht) und in Art. 85 IV für den Bereich der Bundesauftragsverwaltung geregelt. Es handelt sich aber um ein einheitliches Rechtsinstitut, für das weitgehend die gleichen Regeln gelten. Diese Rechtsaufsicht ist Konsequenz der Aufteilung der Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen. Der Bund kann hierdurch überprüfen und sicherstellen, dass die Länder die von ihm erlassenen Rechtsnormen ordnungsgemäß und einheitlich umsetzen.¹⁹ Hierbei ist zwischen Aufsichtsgegenstand und Aufsichtsmaßstab zu unterscheiden:²⁰

Die Aufsicht bezieht sich auf die Ausführung der Bundesgesetze durch das Land, also auf Verwaltungshandeln des Landes, wobei sich das Land auch den Gesetzesvollzug der Gemeinden (u.a. Formen mittelbarer Staatsverwaltung) zurechnen lassen muss (Aufsichtsgegenstand).²¹ Maßstab der Aufsicht ist i.R.d. Art. 84 GG nur die Rechtmäßigkeit (Vereinbarkeit mit Bundesrecht,²² allgemeinen Verwaltungsvorschriften, Weisungen, Prinzip der Bundestreue), während Art. 85 GG auch eine Überprüfung von Ermessensspielräumen auf die Zweckmäßigkeit einer Entscheidung erlaubt.

Anmerkung: Im Bereich der Bundesauftragsverwaltung steht dem Bund die sog. **Fachaufsicht** zu, d.h. er kann den Gesetzesvollzug sowohl auf seine Recht- als auch auf seine Zweckmäßigkeit überprüfen lassen, während die Aufsicht im Rahmen des Art. 84 GG eine **reine Rechtskontrolle** darstellt. Ein großer Unterschied besteht hierin aber in der Praxis nicht, da eventuelle gesetzliche Ermessensspielräume häufig durch allgemeine Verwaltungsvorschriften des Bundes geregelt werden und insoweit eine Rechtskontrolle wieder möglich ist.²³

Im Rahmen von Art. 85 GG sind die Weisungen ein Mittel, mit dem der Bund dem Land seine Zweckmäßigkeitserwägungen aufzwingen kann.²⁴ Das Land ist – wie dargestellt – rechtlich verpflichtet, einer verfassungsmäßigen Weisung Folge zu leisten. Andernfalls liegt hierin ein Rechtsverstoß, der zur Durchführung rechtsaufsichtlicher Maßnahmen berechtigt.

Die Rechtsaufsicht wird durch die Bundesregierung (als Kollegialorgan, Art. 62 GG) ausgeübt. Adressat ihrer Maßnahmen ist das Land (das ggf. gegenüber der zuständigen Körperschaft, z.B. den Gemeinden, die ordnungsgemäße Vollziehung des Bundesrechts durchzusetzen hat).²⁵

Das Verfahren der Rechtsaufsicht setzt sich aus der Mängelfeststellung und der Mängelbeseitigung zusammen: Zur Mängelfeststellung dient u.a. das Recht der Bundesregierung, Bericht und Vorlage der Akten zu verlangen und Beauftragte zu allen Behörden zu entsenden (Art. 85 IV 2 GG).²⁶ Folge ist in der Regel eine Mängelrüge, mit der das Land aufgefordert wird, das rechtswidrige Verhalten abzustellen und rückgängig zu machen.

¹⁹ *Lerche* in: Maunz/Dürig, Art. 84 Rn 128 mwN.

²⁰ *Lerche* in: Maunz/Dürig, Art. 84 Rn 143, Art. 85 Rn 70 ff, 74 ff.

²¹ Kein tauglicher Aufsichtsgegenstand sind dagegen Landesgesetze, welche die Bundesgesetze „umsetzen“ sollen, da es sich hierbei nicht um Handeln der Exekutive, sondern der *Legislative* handelt. Hiergegen kann der Bund nur vor dem BVerfG klagen; ausführlich *Lerche* in: Maunz/Dürig, Art. 84 Rn 147.

²² Nach *Lerche* in: Maunz/Dürig, Art. 84 Rn 156 darf der Bund auch die ordnungsgemäße Umsetzung des Landesrechts prüfen.

²³ Zu diesem Problemkreis ausführlich *Lerche* in: Maunz/Dürig, Art. 84 Rn 157 mwN.

²⁴ *Lerche* in: Maunz/Dürig, Art. 84 Rn 124 ff, Art. 85 Rn 74 ff unterscheidet zwischen Bundesaufsicht im „engeren“ und im „weiteren“ Sinne und ist dann seitenweise damit beschäftigt, zu versuchen, die sich hieraus ergebenden Probleme zu lösen. Praktikabler und für Examenskandidaten einfacher ist der „weite“ Aufsichtsbegriff, der auch Weisungen mitumfasst.

²⁵ *Lerche* in: Maunz/Dürig, Art. 84 Rn 160 f mwN.

²⁶ Enger insoweit Art. 84 III 2 GG, aus dem auch ein Auskunftsrecht, aber kein Recht auf Aktenvorlage folgt.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 7 – Lösung – Seite 10

Weitere Maßnahmen der Mängelbeseitigung ist das Feststellungsverfahren nach Art. 84 IV GG, welches jedoch jedenfalls bei vorsätzlichen Verstößen (wie hier) entbehrlich ist.²⁷

II. Bundeszwang, Art. 37 GG

Weigert sich das Land, eine Weisung zu befolgen, wird es auch einer eventuellen Mängelrüge des Bundes nicht Folge leisten. Damit kommt als „schärfstes Schwert“ der Bundesaufsicht der Bundeszwang in Betracht (Art. 37 GG).²⁸ Die Vorschrift des Art. 37 GG sichert das Bundesstaatsprinzip. Bundespflichten sind demzufolge nur solche, die das Verhältnis zwischen Bund und Ländern sowie der Länder untereinander betreffen und aus dem GG oder einem formellen Bundesgesetz folgen.²⁹ Die Befolgung von Weisungen nach Art. 85 III GG ist eine solche Bundespflicht.³⁰

Die Maßnahmen des Bundeszwangs stehen im Ermessen der Bundesregierung,³¹ allerdings ist die vorherige Zustimmung des Bundesrates erforderlich. Bei der Ausübung seines Ermessens folgt aus dem Grundsatz der Bundestreue, dass die Grenzen der Erforderlichkeit und Zumutbarkeit eingehalten werden und der Bund hierbei auf die Interessen des Landes – soweit wie möglich – Rücksicht nimmt. Die Bundesregierung ist nicht verpflichtet, vorher (im Wege des Bund-Länder-Streites [siehe unten]) das BVerfG anzurufen.³² Auch ein Vorverfahren nach Art. 84 IV GG ist – wie dargelegt – nicht einzuhalten.³³

III. Bund-Länder-Streit, Art. 93 I Nr. 3 GG

Die Nichtbefolgung der Weisung stellt ein rechtserhebliches Unterlassen der Landesregierung dar, gegen das der Bund schließlich auch das BVerfG anrufen kann.

Der Bund-Länder-Streit führt – wie oben dargelegt – zu einem Feststellungsurteil, ist also nicht vollstreckbar. Dennoch wird ein Land in der Regel die Verurteilung durch das BVerfG akzeptieren und das verfassungswidrige Verhalten abstellen. Im Übrigen kommt auch hier zur Durchsetzung des Urteiles als „ultima ratio“ der Bundeszwang in Betracht.

Zur Vertiefung:

▪ Rspr zum Weisungsrecht nach Art. 85 III GG: **BVerfG NVwZ 2000, 1162 m. Anm Beaucamp/Guy JA 2001, 286** (Abstufung von Bundes- zu Landstraßen); **BVerfG NVwZ 2002, 585** (Atomkompromiss).

BVerfG Urteil vom 02. Juni 2015, 2 BvE 7/11, **BVerfGE 139, 194, DÖV 2015, 670**:

Einsatz von Bundespolizei im Bereich der Länder. Die Parlamentarische Kontrolle geht soweit wie das Weisungsrecht.

▪ Literatur zum Weisungsrecht: **Schliesky/Utz JA 2001, 777**; **Sommermann DVBI 2001, 1549**; **Danwitz DÖV 2001, 353**; **Hobe JA 2000, 108**.

²⁷ *Lerche* in: Maunz/Dürig, Art. 84 Rn 170. Auf den Meinungsstreit, ob das Verfahren nach Art. 84 IV GG auch i.R.d. Art. 85 GG angewandt werden muss, kommt es daher nicht an. Hierzu *Lerche* a.a.O., Art. 85 Rn 81 ff.

²⁸ Auch der Bundeszwang zählt laut *Lerche* in: Maunz/Dürig, Art. 85 Rn 81 ff zur Bundesaufsicht im „weiteren Sinne“.

²⁹ Wohnheitsrecht, Rechtsverordnungen und Staats- bzw. Verwaltungsverträgen reichen dagegen nicht aus; streitig ist die Herleitung von „Bundespflichten“ aus dem Grundsatz der Bundestreue, vgl. *Jarass/Pieroth* Art. 37 Rn 2 mwN; hierfür bspw. *Kisker/Höfling* Fälle StaatsOrgR, 2. Aufl., S. 13 f.

³⁰ *Kisker/Höfling* Fälle StaatsOrgR, 2. Aufl., S. 12.

³¹ Z.B. Weisungen nach Abs. 2, Bestellung eines Beauftragten, finanzielle und wirtschaftliche Sanktionsmaßnahmen, Einsatz von Polizeikräften des betreffenden Landes; unzulässig sind dagegen der Einsatz der Bundeswehr oder des Bundesgrenzschutzes außerhalb des Art. 91 II GG, siehe *Jarass/Pieroth* Art. 37 Rn 3 mit Bsp. und weit. Nachw.

³² BVerfGE 7, 367, 372; ausführlich *Kisker/Höfling* Fälle Staats-OrgR, 2. Aufl., S. 14.

³³ Zum Verhältnis von Art. 37 GG und Art. 84 IV GG vgl. *Lerche* in: Maunz/Dürig, Art. 84 Rn 174 mwN. Diskutiert wird auch, ob das Feststellungsverfahren nach Art. 84 IV GG Prozessvoraussetzung i.R.d. Art. 93 I Nr. 3 GG ist, hierzu *Lerche* a.a.O., Rn 178 ff.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 7 – Lösung – Seite 11

Vertiefungsfragen

1. Was versteht man unter Rechts-, was unter Fachaufsicht?
2. Vergleichen Sie die Bundesauftragsverwaltung nach Art. 85 GG mit den Weisungsangelegenheiten nach Art. 71 III LVerf BW, § 2 III GemO und der Fachaufsicht des Landes über die unteren Verwaltungsbehörden, § 25 LVG.
3. Vergleichen Sie den Grundsatz der Bundestreue im Bund-Länder-Verhältnis mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei Eingriffen in die kommunale Selbstverwaltungshoheit.
4. Wie setzt sich der Bundesrat zusammen? Können die Länder ihren Vertretern im Bundesrat Weisungen erteilen?
5. Bedarf ein Gesetz zur Änderung eines zustimmungspflichtigen Gesetzes der erneuten Zustimmung des Bundesrates?
6. **Vertiefungsfall** („Atomkompromiss“, BVerfG NVwZ 2002, 585 = NJW 2002, 2859):

Für das hessische Kernkraftwerk Biblis wurde 1975 die Betriebsgenehmigung erteilt. Eine Sicherheitsanalyse führte 1991 zur Festsetzung nachträglicher Auflagen, die weitgehend wegen gerichtlicher Streitigkeiten noch nicht durchgesetzt wurden. In diesem Verfahren ergingen von Seiten des Bundes gegen das Land Hessen u.a. zahlreiche Weisungen nach Art. 85 III GG. Am 29.10.1999 erteilte das Bundesministerium für Umwelt (BMU) dem Land eine Weisung, wonach „Genehmigungen nach § 7 I AtomG zur Veränderung des AKW Biblis, Block A oder seines Betriebs erst nach bundesaufsichtlicher Zustimmung erteilt werden dürfen“.

Im Juni 2000 paraphierten Vertreter der Energieversorgungsunternehmen und die Bundesministerien für Umwelt und Wirtschaft eine als „Atomkonsens“ bekannt gewordene Vereinbarung über den Ausstieg aus der Atomenergie, die u.a. die Nutzung der Restlaufzeiten des AKW Biblis und seine Nachrüstung regelt. Es kam zu weiteren Verhandlungen zwischen RWE und BMU, in deren Folge der Bund durch „Erklärungen“ gegenüber der RWE als Bestandteil des „Atomkompromisses“ Nachrüstungen festsetzte. Das Land erklärte sich schließlich mit diesen Nachrüstungen einverstanden, so dass der Bund von der Erteilung einer weiteren Weisung Abstand genommen hat und sich im Hinblick auf die Nachrüstungen mit einer bloßen „bundesaufsichtlichen Stellungnahme“ begnügte.

Der Bund hatte das Land Hessen weder bei den vorausgegangenen Gesprächen noch beim Abschluss der Vereinbarung beteiligt. Das Land sieht sich hierdurch in seiner durch Art. 85 GG geschützten Wahrnehmungskompetenz verletzt.

Zu Recht?

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 8 – Lösung – Seite 1

Fall 8 - Lösung

ÜBERSICHT

Aufgabe 1:

I. Kulturabkommen völkerrechtlicher Vertrag

II. Verbandskompetenz des Bundes

Art. 32 GG regelt Kompetenzverteilung auf dem Gebiete der auswärtigen Gewalt

Verhältnis zwischen Art. 32 I und III GG umstritten: Nach e.A. ist Art. 32 III GG lex specialis, also im Bereich der ausschließlichen Ländergesetzgebung auch ausschließliche Länderkompetenz zum Vertragsschluss; nach a.A. besteht Parallelkompetenz des Bundes

(1) grammatikalische Auslegung spricht eher für parallele Kompetenzen

(2) Systematische Auslegung / Zusammenhang mit Art. 123 II, 73 und 59 II GG

(3) Historische Auslegung (Exkurs)

(4) Teleologische Auslegung des Art. 32 GG

Umgehung föderalistischer Grundsätze durch parallele Kompetenz (–), da Unterschied zwischen Vertragsschluss und innerstaatlicher Umsetzung.

Diplomatische Beziehungen bestehen zwischen Bund und anderen Staaten; für andere Länder damit Bund Ansprechpartner; Interesse an einheitlicher Einbeziehung aller Bundesländer

(5) LINDAUER ABKOMMEN VON 1957

⇒ kann verfassungsrechtliche Kompetenzen nicht abändern, sondern ist rein deklaratorisch (bzw. verfassungswidrig)

Ergebnis: Kompetenz des Bundes (+)

III. Organkompetenz

⇒ liegt hier bei der **Bundesregierung** (Auswärtiges Amt); hingegen ist Bundespräsident (Art. 59 I GG) auf formelle Vertretung beschränkt

IV. Gang des Verfahrens

1. Paraphierung

2. **Vertragsgesetz (Art. 59 II GG)** des Bundestages; Bundesrat muss nur zustimmen, wenn dies ausdrücklich geregelt ist; sonst Einspruchsgesetz (Art. 77 GG). Auch aus der Materie (hier: Kulturabkommen) ergibt sich nichts anderes.

Nach Gegenzeichnung Ausfertigung und Verkündung des Vertragsgesetzes durch den Bundespräsidenten (Art. 82 GG).

3. **Ratifikation** des Abkommens durch den Bundespräsidenten

4. **Austausch und Hinterlegung der Vertragsurkunden** führt zur völkerrechtlichen Bindungswirkung

V. Transformation in innerstaatliches Recht

Transformationsgesetz erforderlich; hierbei allgemeine Kompetenzverteilung berücksichtigen; keine Kompetenz des Bundes kraft „Sachzusammenhang“

Im Kulturbereich **Kompetenz der Länder** (Art. 30, 70 GG). Wenn sie dem Vertragsschluss zugestimmt haben (LINDAUER ABKOMMEN), folgt aus dem Grundsatz der Bundestreue eine Umsetzungspflicht

Aufgabe 2:

I. Problemstellung:

⇒ innerstaatlicher Verfassungsverstoß beim Erlass des Vertragsgesetzes ohne Auswirkungen auf völkerrechtliche Wirksamkeit des Kulturabkommens. Rechtsschutzmöglichkeiten des Landes L vor dem BVerfG gegen die unmittelbar bevorstehende Unterzeichnung des Vertragsgesetzes?

II. Einstweilige Anordnung, § 32 BVerfGG

1. **Abstrakte Normenkontrolle** (Art. 93 I Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff BVerfGG);

grundsätzlich erst ab Inkrafttreten des Gesetzes. Bei völkerrechtlichen Vertragsgesetzen aber Ausnahme. ⇒ Normenkontrolle zulässig.

2. **Oder: Bund-Länder-Streit** (Art. 93 I Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68 ff BVerfGG)

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 8 – Lösung – Seite 2

LÖSUNG

Aufgabe 1:

I. Kulturabkommen als völkerrechtlicher Vertrag

Das von der Bundesrepublik beabsichtigte Abkommen könnte ein völkerrechtlicher Vertrag sein. Beim Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge ist grundsätzlich zwischen völkerrechtlichen und rein staatsrechtlichen Fragen zu unterscheiden. So ist die völkerrechtliche Wirksamkeit eines Abkommens (im internationalen „Völkerrechtsverkehr“) streng von der innerstaatlichen Geltung im jeweiligen Vertragsstaat zu unterscheiden. Auf völkerrechtlicher Ebene ist zur rechtlichen Beurteilung von Staatsverträgen das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge von 1969 (WVÜ) anzuwenden, welches selbst als völkerrechtliches Abkommen geschlossen wurde und auch über den Kreis seiner Mitgliedstaaten hinaus inzwischen weitgehend als Gewohnheitsrecht gilt.

Anmerkung: Alle mehrseitigen völkerrechtlichen Rechtsgeschäfte können als „völkerrechtliche Verträge“ bezeichnet werden, tatsächlich werden aber eine Vielzahl von Begriffen verwendet, z.B. Verträge, Abkommen oder Staatsverträge. Völkerrechtliche Verträge sind aber auch die Satzung der UNO, das Statut des IGH, der Völkerbundpakt, die Rotkreuzkonvention... Völkerrechtliche Verträge liegen aber nur vor, wenn auf beiden Seiten (bilateral) oder allen Seiten (multilateral) Völkerrechtssubjekte Vertragspartner sind. Der Vertrag etwa zwischen einem Staat und einer Privatfirma unterliegt nicht dem Völkerrecht sondern dem Privatrecht oder „normalen“ öff. Recht.

Nach Art. 6 WVÜ besitzt jeder Staat die Fähigkeit, Verträge zu schließen. Das beabsichtigte Kulturabkommen stellt also einen völkerrechtlichen Vertrag dar, der international nach den Bestimmungen des WVÜ abzuschließen ist. Vorliegend ist aber allein fraglich, wie das Zustandekommen des Kulturabkommens nach deutschem Verfassungsrecht zu beurteilen ist. Dabei ist zwischen Verbandskompetenz, Organkompetenz und Transformationskompetenz zu unterscheiden.

II. Verbandskompetenz des Bundes

Zunächst stellt sich hierbei die nach rein innerstaatlichem, deutschem Verfassungsrecht zu beurteilende Frage, ob der Bund oder die Länder das Kulturabkommen zu schließen haben (Verbandskompetenz). Dabei ist zunächst zu beachten, dass es sich um einen Gegenstand handelt, der eindeutig in die Länderzuständigkeit fällt (Kulturhoheit der Länder). Deshalb ist fraglich, ob die Bundesregierung hier überhaupt die Verbandskompetenz hat, um das Kulturabkommen mit dem Staat X abschließen zu können.

In Art. 32 GG wird die Kompetenzverteilung auf dem Gebiete der auswärtigen Gewalt zwischen Bund und Ländern geregelt. Hiernach ist die Pflege der Beziehungen zu ausländischen Staaten grundsätzlich eine Sache des Bundes (Art. 32 I GG). Andererseits gestattet Art. 32 III GG den Ländern für den Bereich ihrer Gesetzgebung eine beschränkte eigene „Außenpolitik“. Wie das Verhältnis von Art. 32 I und III GG zu bestimmen ist, ist bis heute umstritten. Dabei stehen sich zwei Auffassungen gegenüber:

Die „föderalistische Auffassung“ begreift Art. 32 III GG als Ausnahmenvorschrift zu Art. 32 I GG, mit der Folge, dass im Bereich der ausschließlichen Ländergesetzgebung auch eine ausschließliche Länder-Vertragsschlusskompetenz bestünde. Der Bund dürfte also das Kulturabkommen mit dem Staat X nicht abschließen, weil ihm die Verbandskompetenz hierzu fehlte. Demgegenüber liest die „zentralistische Auffassung“ Art. 32 III GG als untergeordneten Zusatz zu Art. 32 I GG, wodurch die Vertragsschlusskompetenz der Länder lediglich neben die des Bundes gestellt würde. Der Bund könnte Staatsverträge jeder Art abschließen, also auch das streitige Kulturabkommen mit dem Staat X. Ob der föderalistischen oder zentralistischen Auffassung zu folgen ist, ist durch Auslegung des Art. 32 GG zu ermitteln.

1. Wortlaut des Art. 32 I und III GG

Fraglich ist, ob der Formulierung „können sie“ eine so weitgehende Bedeutung, wie etwa „nur die Länder können“, beigemessen werden kann.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 8 – Lösung – Seite 3

Sollte der Verfassungsgeber gewollt haben, dass gemäß der föderalistischen Theorie nur die Länder die Vertragsschlusskompetenz in den streitigen Bereichen haben sollten, hätte er eine viel deutlichere und unmissverständlichere Formulierung wählen können. Der Wortlaut lässt jedenfalls keine eindeutige Aussage darüber zu, ob die Länder alleine die Vertragsschlusskompetenz haben sollen oder nur „neben“ dem Bund. Die Auslegung des Wortlautes deutet jedoch eher darauf hin, dass der Bund das Kulturabkommen abschließen darf.

2. Systematische Auslegung des Art. 32 GG

Für die systematische Auslegung des Art. 32 GG wird immer wieder auf die Art. 123 II, 73 und 59 II GG verwiesen.

- a) Zunächst könnte man zugunsten der föderalistischen Theorie argumentieren, dass Art. 123 II GG, der die Fortgeltung der Staatsverträge des Deutschen Reiches normiert, nur dann verständlich und sinnvoll sei, wenn der Bund auf dem Gebiet der ausschließlichen Ländergesetzgebung keine Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge habe. Wenn der Bund nämlich eine umfassende Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge hätte, dürfte es gar nicht zweifelhaft sein, dass die vom Deutschen Reich geschlossenen Verträge, auch wenn sie sich auf Materien der heutigen Länder bezögen, in Kraft blieben.¹

Hiergegen lässt sich einwenden, dass dem Art. 123 II GG durch diese Argumentation eine Bedeutung beigemessen wird, die er gar nicht hat. Die Rechtsnachfolgeregelung des Art. 123 II GG soll lediglich Zweifel ausräumen, ob altes Recht fort gilt oder nicht. Und aus der Formulierung, dass Altverträge des Deutschen Reiches über Materien der heutigen Landesgesetzgebung durch Verträge der „nach diesem Grundgesetz zuständigen Stellen“ ersetzt werden sollen, lässt sich eher ein Argument für die zentralistische Theorie herleiten. Eine derartig gewundene Formulierung hätte der Gesetzgeber nicht zu wählen brauchen, wenn er damit nur die Länder gemeint haben sollte.

- b) Nach Art. 73 I Nr. 1 GG hat der Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz in den auswärtigen Angelegenheiten. Allerdings lässt sich hier ebenfalls kaum ein Argument zur Auslegung des Art. 32 GG herleiten. Art. 32 GG regelt die Verbandskompetenz, also allein die Abgrenzung der Vertragsschlussbefugnis zwischen Bund und den Ländern. Demgegenüber bestimmt Art. 73 GG die Transformationskompetenz, mithin die Frage der Zuständigkeit bei der Gesetzgebung. Die zentralistische Auffassung argumentiert, dass völkerrechtliche Verträge immer „auswärtige Angelegenheiten“ i.S.d. Art. 73 I Nr. 1 GG seien, und dass der Bund hier auch die Verbandskompetenz haben müsse, um ein Auseinanderfallen der beiden Kompetenzen zu vermeiden. Diese Annahme geht aber fehl, da einerseits Art. 73 I Nr. 1 GG mit „auswärtigen Angelegenheiten“ lediglich den diplomatischen Verkehr und die Organisation des auswärtigen Dienstes meint,² andererseits kann von der Zuständigkeit zur Gesetzgebung nicht automatisch auf die Vertragsschlusskompetenz geschlossen werden.

Die Transformation von Verträgen, die Gegenstände der ausschließlichen Ländergesetzgebung betreffen, bleibt Ländersache. Jede andere Auslegung des Art. 73 I Nr. 1 GG würde dazu führen, dass sich der Bund durch den Abschluss völkerrechtlicher Verträge ein „Transformationsmonopol“ auch auf Gegenstände der Ländergesetzgebung sichern könnte. Schließlich wäre auch Art. 32 III GG nicht recht verständlich: Hiernach können die Länder gerade selbst völkerrechtliche Verträge schließen, dann kann dies aber nicht gleichzeitig eine „auswärtige Angelegenheit“ im Sinne des Art. 73 I Nr. 1 GG sein. In einem solchen Fall nun von Art. 73 I Nr. 1 GG wiederum gar auf die generelle Verbandskompetenz des Bundes schließen zu wollen, würde Art. 32 III GG jedem Sinn berauben.

- c) Möglicherweise könnte jedoch Art. 59 II GG für die föderalistische Auslegung des Art. 32 GG herangezogen werden.

¹ Vgl. hierzu *Friehe* JA 1983, 119.

² *Friehe* JA 1983, 119, 120.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 8 – Lösung – Seite 4

Nach Art. 59 II 1 GG bedürfen Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, der Mitwirkung der jeweiligen Bundesgesetzgebungskörperschaft in Form eines Bundesgesetzes.

Da das Kulturabkommen weder die politischen Beziehungen des Bundes regelt noch Gegenstand der Bundesgesetzgebung ist, könnte man argumentieren, dass bei einem vom Bund geschlossenen Kulturabkommen die parlamentarische Kontrolle entfielen: Der Bund muss kein Vertragsgesetz erlassen (so die konsequente Anwendung des Art. 59 II 1 GG) und die Länder könnten keine Kontrolle ausüben, weil das Kulturabkommen vom Bund geschlossen werde. Nur wenn man Art. 32 GG im föderalistischen Sinne auslege und den Ländern auf den Gebieten ihrer Gesetzgebung das alleinige Vertragsschlussrecht belasse, könne man der Gefahr begegnen, dass der Mechanismus der parlamentarischen Kontrolle in einem wichtigen Teilbereich außer Kraft gesetzt werde.³

Hierbei ist jedoch zu bedenken, dass Art. 59 II 1 GG nach allgemeiner Auffassung nicht das Verhältnis zwischen Bundesgesetzgebung und Landesgesetzgebung regelt, sondern allein die Zuständigkeitsverteilung zwischen den gesetzgebenden Körperschaften und der Verwaltung.⁴ Art. 59 II 1 GG meint also nicht die „Bundes“-Gesetzgebung sondern allgemein die „Gesetzgebung“ im Bundesstaat schlechthin, also sowohl Bundes- als auch Landesgesetzgebung. Deshalb besagt die Vorschrift auch nichts darüber aus, ob der Bund auch Verträge abschließen kann, für die innerstaatlich die Länder die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz haben. Die Verbandskompetenz zwischen Bund und Ländern ist allein in Art. 32 GG geregelt.

3. Historische Auslegung des Art. 32 GG

Der Rekurs auf die Entstehungsgeschichte des Art. 32 GG ergibt, dass der HERRENCHIEMSEE-Entwurf zunächst eine Anbindung der Vertragsschlusskompetenz an die Gesetzgebungskompetenz vorsah, diesen

Entwurf aber nicht in das GG übernahm. So lässt die Entstehungsgeschichte des GG eher auf eine zentralistische Auslegung des Art. 32 GG schließen.

4. Teleologische Auslegung des Art. 32 GG

Die föderalistische Auffassung argumentiert häufig damit, dass der Bund, wenn er auch Verträge auf dem Gebiet ausschließlicher Landesgesetzgebung schließen könnte, durch Verträge regeln könnte, was ihm auf Gesetzgebungsebene entzogen sei. Dieser Widerspruch zwischen Vertragskompetenz und Gesetzgebungskompetenz würde zu einer Umgehung föderalistischer Grundsätze und auch zu einem Eingriff in die Gewaltenteilung führen.

Diese Überlegungen gehen aber fehl, wenn man in Betracht zieht, dass ein grundsätzlicher Unterschied zwischen Vertragsschluss und innerstaatlicher Umsetzung besteht. Völkerrechtliche Verträge berechtigen und verpflichten nur die Völkerrechtssubjekte, hier die Bundesrepublik und den Staat X. Die Bürger der Bundesrepublik können jedoch nur dann Rechte und Pflichten aus dem Kulturabkommen geltend machen, wenn es durch ein Gesetz transformiert wurde. Nichts spricht dagegen, dass für den Vertragsschluss der Bund, für die Transformation jedoch das Land zuständig ist.

Auch eine weitere Argumentation⁵ zugunsten der zentralistischen Auffassung ist beachtlich:

Ein auswärtiger Staat, der in vertragliche Beziehungen zu einem Bundesstaat treten will, wird sich ohne Rücksicht auf die Materie des geplanten Vertrages an die Vertretungen derjenigen Körperschaft wenden, mit der er üblicherweise diplomatische Verhandlungen führt. Da die Länder nicht am diplomatischen Verkehr teilnehmen, wird der Wunsch, kulturelle Beziehungen vertraglich zu regeln, nahezu zwangsläufig an den Bund herangetragen.

Auswärtige Staaten werden vielfach eher auf den Abschluss von Kulturabkommen verzichten als mit den deutschen Bundesländern einzelne Verhandlungen zu führen.

³ Friehe JA 1983, 119, 120.

⁴ BVerfGE 1, 390.

⁵ Friehe JA 1983, 119, 121.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 8 – Lösung – Seite 5

Dies nicht nur, weil zentral geführte Verhandlungen leichter zu organisieren sind, sondern weil es für einen auswärtigen Staat unbefriedigend ist, in seiner Gesamtheit in Pflicht genommen zu werden und dafür Rechte nur gegen eines von mehreren Bundesländern zu erhalten. Vorschläge, die Länder könnten ihre Vertragschlusskompetenz auf den Bund übertragen oder wenigstens durch ihn ausüben lassen, müssen mit Skepsis aufgenommen werden. Wenn die Länder wirklich die alleinige Kompetenz zum Abschluss von Verträgen haben, die Gegenstände ihrer Gesetzgebung berühren, läuft eine Kompetenzübertragung oder eine „Ausübungsermächtigung“ darauf hinaus, dass Organisationsregeln der Verfassung in einer verfassungsrechtlich nicht vorgesehenen Weise abgeändert werden.

Ein wesentlicher Teil auswärtiger Kulturpolitik wird inzwischen in supranationalen Organisationen betrieben (UNESCO, Europarat). In diesen Organisationen kann nur die Bundesrepublik Deutschland, nicht aber ein deutsches Bundesland Mitglied sein. Der Zusammenhang zwischen Vertragsgestaltung und Vertragsverantwortung wird zerrissen, wenn die innerhalb der genannten Organisationen ausgearbeiteten Abkommen nicht vom Bund, sondern von den Ländern abgeschlossen werden. Somit spricht die teleologische Auslegung des Art. 32 GG deutlich *für* eine Verbandskompetenz des Bundes. Die Bundesregierung kann hiernach das Kulturabkommen mit dem Staat X abschließen.

5. Lindauer Abkommen von 1957

Die Praxis verfährt in dieser streitigen Frage nach dem LINDAUER ABKOMMEN von 1957.⁶ Danach holt die Bundesregierung bei Verträgen auf Gebieten der ausschließlichen Länderzuständigkeit das Einverständnis der Länder ein, bevor der Vertrag verbindlich wird. Dabei darf jedoch die Bedeutung des LINDAUER ABKOMMENS bei der Streitentscheidung nicht überschätzt werden: Als Verabredung zwischen Bund und Ländern kann es nicht geltendes Verfassungsrecht ändern, Kompetenzen begründen oder verschieben. Entweder es folgt dem durch Auslegung bereits ermittelten

Ergebnis – so hier der Fall – oder es kann als „verfassungswidrige“ Vereinbarung ohnehin keinen Bestand haben.⁷

6. Ergebnis

Die Auslegung des Art. 32 GG hat somit ergeben, dass der Bund die Verbandskompetenz zum Abschluss des Kulturabkommens hat. Die Bundesregierung kann also tätig werden und den Staatsvertrag in die Wege leiten.

III. Organkompetenz

Entgegen Art. 59 I GG schließt in der Praxis nicht der Bundespräsident die Verträge mit den auswärtigen Staaten, sondern die Bundesregierung. Die Rolle des Bundespräsidenten ist dabei auf die formelle Vertretung der Bundesrepublik beschränkt. Die Außenpolitik gehört in die Zuständigkeit der Bundesregierung und hier, soweit es um die Bestimmung der Richtlinien geht, in die Kompetenz des Bundeskanzlers. Üblicherweise werden die Staatsverträge vom Auswärtigen Amt vorbereitet und geschlossen.

IV. Gang des Verfahrens

Zunächst gehen dem Vertragsschluss Verhandlungen voraus (hier: am Rande der internationalen Konferenz). Bei wichtigen Abkommen treten die Vertreter der Regierungen, etwa Staatssekretäre oder die zuständigen Fachminister zusammen und verhandeln einen Vertragsentwurf. Einigen sich die Unterhändler auf einen bestimmten Vertragstext, wird dieser – noch unverbindlich – „festgestellt“ (sog. *Paraphierung*).

Nun wird den Regierungen der Vertragsstaaten die Möglichkeit gegeben, sich innerstaatlich um die Zustimmung der Gesetzgebungsorgane zu bemühen. In der Bundesrepublik erfolgt dies gemäß Art. 59 II GG. Hiernach ist in aller Regel ein **Zustimmungsgesetz** erforderlich. Um Verwechslungen zu vermeiden sollte es allerdings **Vertragsgesetz** genannt werden, da Art. 59 II GG nicht regelt, ob der Bundesrat zustimmen muss oder nicht. Es geht hierbei lediglich um die „Zustimmung“ der Gesetzgebungsorgane zu dem Vertragsentwurf.

⁶ Abgedruckt bei Schmidt/Bleibtreu/Klein Art. 32 Rn 17.

⁷ Vgl. hierzu auch Weissauer in: FS Bengel (1984), S. 148, 159.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 8 – Lösung – Seite 6

Die Notwendigkeit eines Vertragsgesetzes zum Kulturabkommen ergibt sich also aus Art. 59 II GG. Da das Kulturabkommen auch Rechte und Pflichten der Bundesbürger begründen soll, ist grundsätzlich der Erlass eines Vertragsgesetzes erforderlich. Für dieses Bundesgesetz ist in jedem Fall die Mitwirkung des Bundestages erforderlich. Ob auch der Bundesrat zustimmen muss, ist jedoch fraglich.

Hinweis: Nicht verwechselt werden darf hier das Vertragsgesetz, das dem völkerrechtlichen Vertrag i.S.d. Art. 59 II GG durch Zustimmung erst zur Wirksamkeit verhilft mit der Frage, wie und von wem der Staatsvertrag noch transformiert werden muss. Vertragsschlussgesetz und Transformationsgesetz können zusammenfallen, müssen es aber nicht. Dann sind zwei verschiedene Gesetze erforderlich, wobei das Vertragsgesetz vom Bund, das Transformationsgesetz eventuell aber vom Land erlassen werden muss.

Da auch das Vertragsgesetz als „normales“ Bundesgesetz nach den allgemeinen Verfassungsgrundsätzen erlassen werden muss, ist die Zustimmung des Bundesrates nur dann vorgesehen, wenn dies im GG ausdrücklich normiert wurde. Ansonsten handelt es sich um ein Einspruchsgesetz (Art. 77 GG). Für das hier zu erlassende Vertragsgesetz ist im GG eine Zustimmung des Bundesrates nicht ausdrücklich vorgesehen.

Da es sich beim Kulturabkommen um einen Bereich der ausschließlichen Länderkompetenz handelt, könnte man darauf abstellen, dass deshalb, sofern der Bund schon das Vertragsgesetz erlassen dürfe, wenigstens der Bundesrat zustimmen müsse.

Diese Ansicht verkennt jedoch die Tatsache, dass zwischen Vertragsgesetz und Transformationsgesetz unterschieden werden muss. Mit dem Erlass des Vertragsgesetzes ist ja noch nicht entschieden, wer das Transformationsgesetz zum Kulturabkommen zu erlassen hat. Ohne dem Ergebnis vorzugreifen, spricht doch vieles dafür, dass die Länder das Kulturabkommen in das innerstaatlich (Landes-) Recht umzusetzen haben werden. Dann aber kann es beim Vertragsgesetz auch nicht auf die Zustimmung des Bundesrates ankommen.

Jedenfalls rechtfertigt der Fall nicht eine Durchbrechen des in der Verfassung angelegten Enumerationsprinzips hinsichtlich der Zustimmungsgesetze. Zu beachten ist auch, dass sich der Bund im LINDAUER ABKOMMEN verpflichtet hat, die Länder zu hören und rechtzeitig ein Einvernehmen herbeizuführen. Ein solches Vorgehen hat sich in der Praxis auch bewährt und zu einer ausreichenden Interessenwahrung der Länder geführt.

Im Ergebnis ist eine Zustimmung des Bundesrates zum Vertragsgesetz nicht erforderlich. Es bleibt ein einfaches Einspruchsgesetz (a.A. vertretbar).

Am Ende des Gesetzgebungsverfahrens steht die Ausfertigung und die Verkündung des Vertragsgesetzes durch den Bundespräsidenten, dem die Gegenzeichnung vorausgehen muss (Art. 82 GG).

Nun kann der Bundespräsident das Kulturabkommen unterzeichnen. Die Unterschrift unter den Vertrag heißt **Ratifikation**.

Jedoch tritt die völkerrechtliche Bindungswirkung aus dem Vertrag erst ein, nachdem die *Vertragsurkunden ausgetauscht oder hinterlegt* worden sind (Art. 16 WVÜ). Erst jetzt ist Völkervertragsrecht wirksam entstanden und die Bundesrepublik ist völkerrechtlich verpflichtet, den Vertrag auch einzuhalten, Art. 26 WVÜ.⁸

V. Transformation in innerstaatliches Recht

Ein Staatsvertrag bedarf neben der völkerrechtlichen Wirksamkeit jedoch auch der Umsetzung in das innerstaatliche Recht (Transformation). Erforderlich ist ein Transformationsgesetz, das ebenfalls nach den Vorschriften des GG zustande gebracht werden muss. Besitzt der Bund die Befugnis zur Gesetzgebung auf dem betreffenden Sachgebiet, so tritt neben die Ermächtigungsfunktion des Vertragsgesetzes dessen Umsetzungsfunktion („Transformationsfunktion“), d.h. in der Regel wird nur ein Gesetz verabschiedet, das gleichzeitig dem Vertrag zustimmt und dessen innerstaatliche Umsetzung herbeiführt. Beim vorliegenden Kulturabkommen ist jedoch fraglich, ob der Bund oder die Länder die Transformationskompetenz besitzen.

⁸ Vgl. Zulegg JA 1983, 3.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 8 – Lösung – Seite 7

Kulturabkommen regeln Gegenstände der ausschließlichen Landesgesetzgebung, so dass ausgehend von Art. 70 GG grundsätzlich der Landesgesetzgeber die Transformation vornehmen muss. Trotzdem wird z.T. versucht, dem Bund neben der Verbandskompetenz auch die Transformationskompetenz zuzusprechen. Begründet wird dies damit, dass die beiden Bereiche nicht auseinanderfallen dürften, um einen Gleichklang in der Umsetzung zu ermöglichen. Dies wäre dann eine Transformationskompetenz „kraft Sachzusammenhang“. Eine solche Kompetenz hat das BVerfG dem Bund zugesprochen, wenn eine dem Bund ausdrücklich zugewiesene Materie nicht geregelt werden kann, ohne dass zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene Materie mitgeregelt wird.⁹

Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass ein wesentlicher Unterschied besteht zwischen dem Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages und dessen Umsetzung. Beides kann getrennt vom anderen geregelt sein. Darüber hinaus kann die Befürchtung, dass es zu Unregelmäßigkeiten bei der Umsetzung durch das Auseinanderfallen der beiden Kompetenzen komme, dadurch ausgeräumt werden, dass sich in der Praxis eine enge Abstimmung zwischen Bund und Ländern auch anders herbeiführen lässt. So ist im LINDAUER ABKOMMEN geregelt, dass sich der Bund noch vor der Ratifizierung eines Kulturabkommens der späteren Transformation durch die Länder zu versichern hat. Es bleibt also dabei, dass die Transformation des Kulturabkommens Sache der einzelnen Landesgesetzgeber ist.

Das Transformationsgesetz ist entsprechend den Gesetzgebungsverfahren der jeweiligen Länder zu erlassen. Zweckmäßigerweise wird es bereits erlassen, bevor die Landesregierung nach dem LINDAUER ABKOMMEN ihr Einverständnis mit der Ratifizierung des Kulturabkommens erklärt. Das Gesetz sollte bestimmen, dass es mit Inkrafttreten des Vertrages wirksam wird.¹⁰ Soweit die Länder entsprechend dem LINDAUER ABKOMMEN dem Vertragsschluss zugestimmt haben, sind sie auch zur Transformation verpflichtet. Dies folgt aus dem Grundsatz der Bundestreue.

Aufgabe 2:

I. Problemstellung

Grundsätzlich berührt ein innerstaatlicher Verfassungsverstoß beim Erlass des Vertragsgesetzes nicht die völkerrechtliche Wirksamkeit des Kulturabkommens. Die Bundesrepublik ist auch dann an den Staatsvertrag gebunden, wenn er durch einen innerstaatlichen Verfahrensverstoß oder entgegen dem GG abgeschlossen wurde. Aus diesem Grunde ist zu prüfen, ob das Land L Rechtsschutzmöglichkeiten vor dem BVerfG gegen die unmittelbar bevorstehende Unterzeichnung des Vertragsgesetzes zum Kulturabkommen besitzt.

II. Einstweilige Anordnung, § 32 BVerfGG

Die Regierung des Landes L wird versuchen, den Bundespräsidenten mit Hilfe des BVerfG an der Unterzeichnung des Vertragsgesetzes zu hindern. Da die Unterzeichnung unmittelbar bevorsteht, hilft hier nur ein Antrag auf einstweilige Anordnung gemäß § 32 BVerfGG. Ein solcher Antrag ist nur zulässig, wenn das entsprechende Hauptverfahren vor dem BVerfG zulässig ist.¹¹ Folglich ist zu prüfen, welche Anträge des Landes L vor dem BVerfG zulässig wären.

1. Abstrakte Normenkontrolle, Art. 93 I Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff BVerfGG

Die Antragsberechtigung des Landes L ist gegeben: gemäß Art. 93 I Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6 BVerfGG sind die Länder zur Antragstellung berechtigt.

Problematisch ist, ob es sich vorliegend um einen Antragsgegenstand i.S.d. abstrakten Normenkontrolle handelt. Grundsätzlich kann bei diesem Verfahren nur gültiges, d.h. in Kraft getretenes Recht Gegenstand der Klage sein. Solange der Gesetzgeber die Norm noch nicht erlassen und ihren Inhalt noch nicht endgültig festgestellt hat, kann ihre Vereinbarkeit mit dem GG nicht geprüft werden.¹²

⁹ BVerfGE 3, 407, 421.

¹⁰ Friehe JA 1983, 119, 124.

¹¹ BVerfGE 7, 99, 105.

¹² BVerfGE 1, 396.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 8 – Lösung – Seite 8

Etwas anderes könnte sich jedoch bei Vertragsgesetzen ergeben, da diese mit dem Abschluss des Ratifikationsverfahrens die Bundesrepublik völkerrechtlich binden und nach dem Inkrafttreten des Kulturabkommens auch das BVerfG nicht mehr in der Lage wäre, diese völkerrechtliche Verbindlichkeit zu beseitigen. Deshalb lässt das BVerfG bei Vertragsgesetzen eine abstrakte Normenkontrolle bereits vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens zu. Voraussetzung ist lediglich, aber immerhin, dass das Gesetzgebungsverfahren bis auf die Unterzeichnung durch den Bundespräsidenten abgeschlossen ist¹³. Da dies hier gegeben ist, wäre eine einstweilige Anordnung des Landes L zulässig. Das BVerfG würde dem Bundespräsidenten im Falle der Begründetheit untersagen, das Vertragsgesetz zu unterzeichnen.

2. **Bund-Länder-Streit, Art. 93 I Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68 ff BVerfGG**

Eine Meinungsverschiedenheit über eine Verletzung oder unmittelbaren Gefährdung von verfassungsrechtlich begründeten Rechten des Landes L kann hier bejaht werden, da der Bund beabsichtigt, ein Vertragsgesetz auf dem Gebiet der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder ohne Einvernehmen des Landes L zu verabschieden.

Fraglich ist hier allein, ob hinsichtlich eines Bund-Länder-Streits eine Antragsbefugnis des Landes L zu bejahen ist (§§ 69, 64 BVerfGG). Hierzu bedarf es der Geltendmachung der Verletzung oder unmittelbaren Gefährdung verfassungsrechtlich begründeter Rechte des Landes L. Dabei kommt es darauf an, auf welchen Zeitpunkt man zur Beurteilung der Rechtsgefährdung abstellt: Auf die Aufnahme der Vertragsverhandlungen oder erst auf das Inkrafttreten des Kulturabkommens. Richtigerweise wird man bereits die Aufnahme von Vertragsverhandlungen als erste Länderrechte verletzende Maßnahme anzusehen haben. Auch hier besteht das Problem, dass eine einmal begründete völkerrechtliche Verpflichtung nicht mehr einseitig innerstaatlich beseitigt werden kann. Deshalb ist ein Bund-Länder-Streit zulässig.

Arbeitsanleitung

Bitte nachlesen: BVerfG L&L 2016, 484 ff.: „Treaty Override“ ist verfassungsgemäß. +++ Rang völkerrechtlicher Verträge, Art. 59 II S. 1 GG +++ Reichweite des ungeschriebenen Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit +++ Geltung des „lex-posterior-Grundsatzes“ für völkerrechtliche Verträge +++ Verfahren der konkreten Normenkontrolle gemäß Art. 100 I GG +++

Leitsätze:

1. § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG verpflichtet das vorlegende Gericht nicht, auf jede denkbare Rechtsauffassung einzugehen. Für die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage ist grundsätzlich die Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts maßgebend, sofern diese nicht offensichtlich unhaltbar ist.
2. Aus Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG folgt, dass völkerrechtlichen Verträgen, soweit sie nicht in den Anwendungsbereich einer anderen, spezielleren Öffnungsklausel - insbesondere Art. 23 bis 25 GG - fallen, innerstaatlich der Rang eines einfachen (Bundes-)Gesetzes zukommt.
3. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG schränkt die Geltung des lex-posterior-Grundsatzes für völkerrechtliche Verträge nicht ein. Spätere Gesetzgeber müssen - entsprechend dem durch die Wahl zum Ausdruck gebrachten Willen des Volkes - innerhalb der vom Grundgesetz vorgegebenen Grenzen Rechtsetzungsakte früherer Gesetzgeber revidieren können.
4. Die Verfassungswidrigkeit völkerrechtswidriger Gesetze lässt sich nicht unter Rückgriff auf den ungeschriebenen Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes begründen. Dieser Grundsatz hat zwar Verfassungsrang, beinhaltet jedoch keine verfassungsrechtliche Pflicht zur uneingeschränkten Befolgung aller völkerrechtlichen Normen.
5. Aus dem Rechtsstaatsprinzip kann ein (begrenzter) Vorrang des Völkervertragsrechts vor dem (einfachen) Gesetz oder eine Einschränkung des lex-posterior-Grundsatzes nicht abgeleitet werden.

¹³ BVerfGE 1, 396 (413); BVerfG, NJW 2009, 2767 = **Life & Law 2009, 618** (Lissabon-Entscheidung);

BVerfG 2 BvR 1390/12 = **Life & Law 11/2012**; Schlaich, Das BVerfG, Rn. 121.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 8 – Lösung – Seite 9

Eine wichtige Entscheidung zum Verhältnis von Völkerrechtlichen Verträge zu deutschem Recht. Der deutsche Gesetzgeber ist nicht per se an Völkerrechtliche Verträge gebunden. Der Senat hält völkerrechtsabkommenswidrige Gesetzgebung unter bestimmten Umständen für möglich. Völkerrechtliche Verträge erlangen innerstaatliche Wirksamkeit nach Maßgabe von Art. 59 Abs. 2 GG durch ein Zustimmungsgesetz; dieses begründet aber nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Auch der Rückgriff auf den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip führt zu keinem anderen Ergebnis. Das BVerfG leitet aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG wichtige Pflichten deutscher Staatsorgane ab, das Völkerrecht zu respektieren. Allerdings zieht das Gericht hieraus kein konkretes Verbot für ein „Treaty Override“ (Aushebelung des Abkommens) durch spätere Gesetzgebung.

Nach Art. 25 GG sind nämlich nur die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ vorrangig gegenüber einfachen Bundesgesetzen. Ein neues Gesetz, das einem früheren Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag widerspricht, ist somit nur ein Fall von Normenkollision, welche nach der „Lex-Posterior“-Regel zugunsten des jüngeren Gesetzes zu lösen ist. Begründet wird dies auch damit das Demokratie nur „N Macht auf Zeit“ ist und so der spätere Gesetzgeber andere (an die neuen Situationen angepasste) Regelungen treffen darf, welche älterem Bundesrecht widersprechen. Das BVerfG bestätigt so auch die sehr alte (1957) Reichskonkordatsentscheidung.

BVerfG - 2 BvR 483/17 – Beschl. v. 8.3. 2017¹⁴:

Zu einer Verfassungsbeschwerde gegen das Unterlassen der Bundesregierung, die Rede des türkischen Ministerpräsidenten Yildirim am 18. Februar 2017 in Oberhausen wegen Propaganda für eine nach unserer Verfassung demokratiefeindliche Staatsform zu verbieten und gegen weitere Auftritte türkischer Regierungsmitglieder in diesem Zusammenhang einzuschreiten.

Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig, weil der Beschwerdeführer nicht hinreichend substantiiert dargelegt hat, dass er durch die nicht näher bezeichneten Maßnahmen beziehungsweise Unterlassungen der Bundesregierung selbst betroffen ist.

1. Kein Anspruch ausländischer Politiker auf Einreise in amtlicher Funktion oder zu Wahlkampfzwecken.

Nach BVerfG haben Staatsoberhäupter und Mitglieder ausländischer Regierungen weder von Verfassungen wegen noch nach einer allgemeinen Regel des Völkerrechts im Sinne von Art. 25 GG einen Anspruch auf Einreise in das Bundesgebiet und die Ausübung amtlicher Funktionen in Deutschland.

2. Die Regierung muss einer Einreise zustimmen und hat im Rahmen ihrer Kompetenz für die Außenpolitik das Entscheidungsrecht.

Hierzu bedarf es der - ausdrücklichen oder konkludenten - Zustimmung der Bundesregierung, in deren Zuständigkeit für auswärtige Angelegenheiten eine solche Entscheidung gemäß Art. 32 Abs. 1 GG fällt.

3. Ausländische Regierungsoberhäupter genießen **keinen grundrechtlichen Schutz** in Deutschland bei Ausübung ihrer amtlichen Funktionen. Es liegt insofern kein Ober-Unterordnungsverhältnis vor, wie dies für die unmittelbare Anwendung der Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG nötig ist.

¹⁴ NJW 2017, 1166

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 8 – Lösung – Seite 10

*„... bei einer Versagung der Zustimmung würde es sich nicht um eine Entscheidung eines deutschen Hoheitsträgers gegenüber einem ausländischen Bürger handeln, sondern um eine Entscheidung im Bereich der Außenpolitik, bei der sich die deutsche und die türkische Regierung auf der Grundlage des **Prinzips der souveränen Gleichheit der Staaten** begegnen.*

Soweit ausländische Staatsoberhäupter oder Mitglieder ausländischer Regierungen in amtlicher Eigenschaft und unter Inanspruchnahme ihrer Amtsautorität in Deutschland auftreten, können sie sich **nicht** auf Grundrechte berufen. Denn bei einer Versagung der Zustimmung würde es sich nicht um eine Entscheidung eines deutschen Hoheitsträgers gegenüber einem ausländischen Bürger handeln, sondern um eine Entscheidung im Bereich der Außenpolitik, bei der sich die deutsche und die türkische Regierung auf der Grundlage des Prinzips der souveränen Gleichheit der Staaten (Art. 2 Nr. 1 der Charta der Vereinten Nationen) begegnen.

Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig, weil der Beschwerdeführer nicht substantiiert dargelegt, dass er durch die angegriffenen Maßnahmen beziehungsweise Unterlassungen der Bundesregierung selbst nachteilig betroffen ist. Dies aber wäre Voraussetzung für eine Verletzung des Beschwerdeführers in seiner durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Freiheit vor gesetzlosem und gesetzwidrigem Zwang hier in Verbindung mit Art. 25 GG.

Art. 38 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG schützt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts davor, dass der Anspruch des Bürgers auf demokratische Selbstbestimmung, das heißt seine Mitwirkung an der durch Wahl bewirkten Legitimation von Staatsgewalt und seine Möglichkeit zur Einflussnahme auf deren Ausübung, entleert wird). Eine solche Fallkonstellation liegt hier aber nicht vor. Darüber hinaus gewährt Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG keinen Anspruch auf eine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle in Bezug auf Maßnahmen der Regierung oder des Parlaments. Er dient nicht der inhaltlichen Kontrolle demokratischer Prozesse, sondern ist auf deren Ermöglichung gerichtet.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 9 – Lösung – Seite 1

Fall 9 - Lösung

ÜBERSICHT

A. Erfolgsaussichten der Klage der P-Fraktion

I. Zulässigkeit

1. **Zuständigkeit des BVerfG gemäß Art. 93 I Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5, 63 ff BVerfGG (Organstreit)**
2. Parteifähigkeit des Bundestages bzw. der P-Fraktion gemäß Art. 93 I Nr. 1 GG
3. Verfahrensgegenstand: Beschluss des Bundestages
4. Antragsbefugnis (–), denn: Zwar Organstreit auch innerhalb eines Organs möglich, aber hier Fraktion durch mögliche Verfassungswidrigkeit des Beschlusses nicht in eigenen Rechten betroffen.

II. Ergebnis: Organstreit unzulässig

B. Verfassungsmäßigkeit des Beschlusses des BT (Entsendung von Soldaten nach O)

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

1. Zuständigkeit des Bundestages:
§ 1 II ParlBG
2. Verfahren: Antrag der Bundesregierung, § 3 ParlBG und Mehrheit gem. Art. 42 II GG; Verbindung mit Vertrauensfrage zulässig. Mehrheit der Abgeordneten (+).

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

1. Verstoß gegen Art. 26 GG ? (–): kein Angriffskrieg im Sinne der Norm
2. Verstoß gegen Art. 87a II GG?
 - a) Anwendbarkeit für Auslandseinsätze (+)
 - b) Voraussetzungen: Einsatz nur zur Verteidigung oder wenn GG es ausdrücklich zulässt
 - aa) **GRUNDFALL:** Verteidigungsfall, da NATO den sog. Bündnisfall ausgerufen hat
 - bb) **ABWANDLUNG:** Art. 24 II GG; Einordnung in kollektive Verteidigungssysteme rechtfertigt sonstige Auslandseinsätze

3. Kein Verstoß gegen Art. 59 II GG, da Einsatz im NATO-Vertrag (Art. 5) bzw. „neuem Strategiepapier“ vorgesehen.

III. Ergebnis:

Beschluss des Bundestages verfassungsmäßig.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 9 – Lösung – Seite 2

LÖSUNG

Hintergrund:

Lange Zeit bestand – als Nachwirkung des von Deutschland angezettelten Zweiten Weltkrieges – Einigkeit darüber, dass die Bundeswehr nur zur Verteidigung des Bundesgebiets sowie innerhalb der NATO eingesetzt werden dürfe. Dieser Konsens fiel mit dem Ende des Kalten Krieges und dem Zwei-Plus-Vier Vertrag von 1990, durch den die Bundesrepublik ihre volle Souveränität erhielt, in sich zusammen. Die Bundesrepublik konnte sich nach der Wiedervereinigung und dem Ende der Bedrohung durch die Sowjetunion nicht mehr mit dem Verweis auf ihre „besondere Situation“ aus der internationalen Verantwortung entziehen.

Sie stellte deshalb der NATO Bundeswehreinheiten zur Verfügung, die an der Überwachung des UN-Embargos gegen **Restjugoslawien** und an der Durchsetzung des Flugverbotes über **Bosnien** sowie in **Somalia** mitwirkten. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 12.7.1994 den Einsatz deutscher Soldaten auch für Kriegseinsätze unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen.¹

Umstritten war dann wieder die Zulässigkeit der Einsätze im **Kosovo**-Krieg im Jahre 1999, da dieser Krieg ohne UN-Mandat geführt wurde. Ein Antrag der PDS auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des zustimmenden Bundestagsbeschlusses wurde mangels Antragsbefugnis im Organstreitverfahren abgelehnt.²

Im August 2001 hatte die genannte Anzahl von Abgeordneten der SPD und Grünen ihre Stimmen zum Einsatz der Bundeswehr in **Mazedonien** verweigert, so dass der Regierungskoalition die erforderliche Mehrheit fehlte. Der Einsatz wurde mit den Stimmen der CDU und FDP beschlossen. Im Anschluss an dieses Debakel forderte der Verteidigungsminister (Scharping) in der Presse, die Bundesregierung in Zukunft allein über solche Einsätze entscheiden zu lassen. Der SPD-Generalsekretär (Müntefering) machte den Vorschlag, Abweichlern in Zukunft damit zu drohen, sie bei den nächsten Wahlen durch die Partei von den Listenplätzen streichen zu lassen.

Eine ähnliche politische Katastrophe wollte der Bundeskanzler (Schröder) bei der Frage um den Kampfeinsatz in **Afghanistan** (im Herbst 2001) auf jeden Fall verhindern, so dass er die Abstimmung hierüber mit der Vertrauensfrage verband. Mit diesem „Trick“ konnte er die Kritiker des Einsatzes weitgehend „zur Raison“ bringen, der Einsatz wurde von der Regierungsmehrheit beschlossen. Die SPD-Abgeordnete des Kreises Villingen, Frau Lörcher, verweigerte dagegen die Zustimmung, sie trat daraufhin freiwillig aus der SPD-Fraktion aus. Im Afghanistan-Krieg hat die NATO erstmals in ihrer Geschichte den Bündnisfall ausgerufen.

Am **Irak**-Krieg im Jahre 2003 waren deutsche Soldaten hingegen nicht beteiligt. Wegen der Problematik des Einsatzes deutscher Soldaten in AWACS-Flugzeugen der NATO über der **Türkei** siehe BVerfG NJW 2003, 2373.

Über die Luftraumüberwachung in der Türkei urteilte das BVerfG am 07.05.2008 (- 2 BvE 1/03; BVerfGE 121, 135; NJW 2008, 2018). Danach greift der Parlamentsvorbehalt schon, wenn nach dem jeweiligen Einsatzzusammenhang und den einzelnen rechtlichen und tatsächlichen Umständen die Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen konkret zu erwarten ist. Diese Voraussetzung ist auch gerichtlich voll überprüfbar.

Auch im Jahr 2011 während des **Bürgerkriegs in Libyen** fand keine deutsche Beteiligung am durchgeführten NATO-Einsatz statt. Schon bei der Legitimierung durch die Resolution 1973 des UN-Sicherheitsrates hatte sich Deutschland bei der Abstimmung enthalten, was international stark kritisiert wurde. Deutschland hatte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Resolution geäußert.

Im Jahr 2015 urteilte das BVerfG (BVerfG, 23.09.2015 - 2 BvE 6/11) über einen Evakuierungseinsatz in Libyen, welchen die Bundesregierung allein beschlossen hatte und welcher vor möglicher Befassung durch das Parlament schon abgeschlossen war (s. Leitsätze am Ende des Falles).

¹ Die Entscheidung des BVerfG zu den „Out of Area“-Einsätzen der Bundeswehr ist abgedruckt in **BVerfGE 90, 286** (= NJW 1994, 2207 = JuS 1995, 163 = JA 1995, 454. Lesenswert hierzu: *Odendahl* JuS 1998, 145; *Stein/Kröniger* Jura 1995, 254; *Schroeder* JuS 1995, 398; *Heselhaus* JA 1995, 454; *Heun*

JZ 1994, 1073; *Riedel* DÖV 1995, 135; *Arndt* NJW 1994, 2197; *Baldus* NJW 1995, 1134; aus neuerer Zeit hierzu *Brenner/Hahn* JuS 2001, 729.

² Vgl. BVerfGE 100, 266 (Kosovo).

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 9 – Lösung – Seite 3

A. Erfolgsaussichten des Antrags der P-Fraktion

I. Zulässigkeit

1. Zuständigkeit des BVerfG

Bei dem Antrag der P-Fraktion handelt es sich um ein Organstreitverfahren, da sie sich als Teil des Bundesorgans Bundestag gegen den Beschluss des Gesamtgremiums wehrt. Hierfür ist das BVerfG gemäß Art. 93 I Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff BVerfGG zuständig.

2. Parteifähigkeit, Art. 93 I Nr. 1 GG

Der Bundestag ist als oberstes Bundesorgan (vgl. Art. 38 ff GG) und die P-Fraktion als im Grundgesetz (Art. 53a GG) und in der Geschäftsordnung des Bundestages (§ 10 GeschO-BT) mit eigenen Rechten ausgestatteter Teil des Bundestages im Rahmen des Organstreites parteifähig.

3. Verfahrensgegenstand

Streitgegenstand ist der Beschluss des Bundestages über die Zulässigkeit der Entsendung von Soldaten nach Ozenania und den Antrag des Bundeskanzlers, ihm das Vertrauen auszusprechen. Hierbei handelt es sich um eine rechtserhebliche Maßnahme des Antragsgegners.

4. Antragsbefugnis

Problematisch ist jedoch die Antragsbefugnis der P-Fraktion. Der Organstreit ist nur dann zulässig, wenn der Antragsteller zu dem Antragsgegner in einem verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis steht und schlüssig behaupten kann, dass er durch die beanstandete Maßnahme bzw. Unterlassung des Antragsgegners in seinen ihm aus diesem erwachsenen Rechten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist, § 64 I BVerfGG.

Es ist jedoch kein Recht der Fraktion ersichtlich, dass durch den Beschluss des Bundestages verletzt worden sein könnte, da dieser allenfalls gegen objektives Verfassungsrecht verstoßen kann.

Das Organstreitverfahren dient aber allein dem Schutz der Rechte der Staatsorgane im Verhältnis zueinander und nicht einer allgemeinen Staatsaufsicht.³

Anmerkung: Wenn es darum geht, ob das Parlament überhaupt bei bewaffneten Einsätzen der Bundeswehr zu beteiligen ist, wird i.d.R. die Antragsbefugnis einer Fraktion gegeben sein, da sie insofern das Beteiligungsrecht des Parlamentes geltend macht (unabhängig davon, ob das Parlament – auch gegen den Willen der Fraktion – zustimmt oder nicht.)

II. Ergebnis: Der Organstreit ist unzulässig.

B. Verfassungsmäßigkeit des Beschlusses des Bundestages (Entsendung von Soldaten nach O)

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

1. Zuständigkeit

Die Notwendigkeit eines Parlamentsbeschlusses zur Entscheidung über den Einsatz folgt aus § 1 Abs. 2 ParlBG⁴ und ist darüber hinaus ein allgemeines der deutschen Verfassungstradition und dem Grundgesetz zu entnehmendes Prinzip, wonach die Bundeswehr ein „Parlamentsheer“ ist.

Anmerkung: Das BVerfG hat in einer Reihe von Entscheidungen den Parlamentsvorbehalt bei bewaffneten Einsätzen hergeleitet und definiert: „Das Grundgesetz hat die Entscheidung über Krieg und Frieden dem Deutschen Bundestag als Repräsentationsorgan des Volkes anvertraut. Dies ist für die Feststellung des Verteidigungsfalls und des Spannungsfalls ausdrücklich festgelegt (Art. 115a Abs. 1, Art. 80a Abs. 1 GG) und gilt darüber hinaus allgemein für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte, auch in Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit im Sinne von Art. 24 Abs. 2 GG.“

³ BVerfGE 100, 266, 268; 68, 1, 69 ff

⁴ Vor Einführung des Parlamentsbeteiligungsgesetz am 24.03.2005 musste die Notwendigkeit eines

BT-Beschlusses umständlich über verfassungsrechtliche Grundsätze hergeleitet werden. Durch die einfachgesetzliche Regelung ist dieses Problem nun entschärft worden.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 9 – Lösung – Seite 4

Das Bundesverfassungsgericht hat aus dem Gesamtzusammenhang wehrverfassungsrechtlicher Vorschriften des Grundgesetzes und vor dem Hintergrund der deutschen Verfassungstradition seit 1918 dem Grundgesetz ein allgemeines Prinzip entnommen, nach dem jeder Einsatz bewaffneter Streitkräfte der konstitutiven, grundsätzlich vorherigen Zustimmung des Deutschen Bundestags bedarf (BVerfGE 90, 286 <381 ff.>). Die auf die Streitkräfte bezogenen Regelungen des Grundgesetzes sind darauf angelegt, die Bundeswehr nicht als Machtpotential allein der Exekutive zu überlassen, sondern sie als „Parlamentsheer“ in die demokratisch rechtsstaatliche Verfassungsordnung einzufügen (vgl. BVerfGE 90, 286 <381 f.>).“

2. Verfahren

Erforderlich ist ein Antrag der Bundesregierung mit einer konkreten Beschlussvorlage (vgl. § 3 ParlBG) sowie ein einfacher Parlamentsbeschluss, in dem die **Mehrheit der abgegebenen Stimmen** erforderlich ist (vgl. Art. 42 II GG). Diese Voraussetzungen liegen hier vor, denn es wurde sogar die Mehrheit der Mitglieder des Bundestages insgesamt (vgl. Art. 121 GG, § 1 BWahlG) erreicht.

Fraglich ist jedoch, ob Bundeskanzler A die Abstimmung über den Bundeswehreinsatz mit der Abstimmung zur Vertrauensfrage verbinden durfte.

Die **Vertrauensfrage** ist in **Art. 68 GG** geregelt. Hiernach kann der Bundespräsident auf Vorschlag des Bundeskanzlers den Bundestag auflösen, wenn ein Antrag des Bundeskanzlers, ihm das Vertrauen auszusprechen, nicht die Zustimmung der **Mehrheit der Mitglieder des Bundestages** (vgl. Art. 121 GG, § 1 BWahlG) findet.

Voraussetzung für das Stellen der Vertrauensfrage ist eine Lage der politischen Instabilität,⁵ die hier angesichts der fehlenden Parlamentsmehrheit in einer außenpolitisch so wichtigen Frage vorliegt.

Der **Begriff des Vertrauens**, den Art. 68 GG verwendet, ist – ebenso wie der des Misstrauens nach Art. 67 GG – nicht im Sinne eines „Vertrauensverhältnisses“ im

allgemeinen zwischenmenschlichen Wortsinne zu verstehen, sondern meint lediglich die augenblickliche Bereitschaft der Abgeordneten, den Bundeskanzler (und damit auch seine Regierung, vgl. Art. 69 II GG) in seinem Amt zu belassen und mit ihm parlamentarisch zusammen zu arbeiten.⁶

Die Frage einer **Verbindung eines Sachantrages mit der Vertrauensfrage** ist bislang durch das BVerfG noch nicht entschieden worden. Problematisch ist hierbei, dass der Kanzler die Abgeordneten seiner Regierungsmehrheit faktisch zwingt, in einer Sachfrage in gewisser Weise abzustimmen, da andernfalls die Auflösung des Bundestages und Neuwahlen drohen, was – insbesondere für den kleineren Koalitionspartner – ggf. den politischen Machtverlust bedeutet. Diese Konstellation ist aber verfassungsrechtlich gerade gewollt, denn bei der Vertrauensfrage nach Art. 68 GG handelt es sich um ein **Instrument des (Gegen-) Angriffs des Bundeskanzlers**, das vom Verfassungsgeber konstruiert wurde, um dem Kanzler (gerade auch in wichtigen Sachfragen) eine **stabile Regierungsmehrheit zu verschaffen** bzw. ihm bei deren Fehlen die Möglichkeit zu geben, zurückzutreten bzw. Neuwahlen herbeizuführen.

Anmerkung: Er ist hierzu jedoch nicht verpflichtet, er kann ebenso gut als Minderheitenkanzler weiter regieren. In der bisherigen Praxis wurde die Vertrauensfrage entgegen der Vorstellung des historischen Verfassungsgebers aber überwiegend (1972, 1982/83, 2005) mit der Absicht des Kanzlers gestellt, das Vertrauen gerade nicht ausgesprochen zu bekommen, um damit den Weg zur Auflösung des Bundestages beschreiten zu können.⁷ Zur „auflösungsgerichteten“ Vertrauensfrage von Bundeskanzler Gerhard Schröder lies **BVerfG NJW 2005, 2669**.

Aus der Funktion des Art. 68 GG und seinem Wortlaut folgt, dass (auch im Innenverhältnis der Regierung) nur dem Kanzler das Antragsrecht (und damit auch die Frage einer eventuellen Verbindung mit Sachanträgen) zusteht.

⁵ BVerfGE 62, 1 ff.

⁶ Herzog in Maunz/Dürig, Art. 68 Rn 40.

⁷ Ausführlich Herzog in Maunz/Dürig, Art. 68 Rn 69 ff.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 9 – Lösung – Seite 5

Er allein entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen über sein weiteres politisches Handeln für den Fall des Scheiterns der Vertrauensfrage.⁸

Dass die Verbindung von Vertrauens- und Sachfrage verfassungsrechtlich zulässig ist, ergibt sich darüber hinaus auch aus **Art. 81 I 2 GG** wonach der Bundeskanzler ausdrücklich eine Gesetzesvorlage mit dem Antrag nach Art. 68 GG verbinden kann. Wenn eine Verbindung bereits für Gesetzesvorlagen möglich ist, so muss dies erst recht für einfache Beschlüsse gelten, sofern es sich um einen Regelungsbereich handelt, für den die Bundesregierung die Initiative hat,⁹ wie dies insbesondere bei dem Beschluss über den Einsatz der Soldaten zu Kampfeinsätzen der Fall ist (siehe oben).

Damit war die Verbindung der beiden Anträge durch den Bundeskanzler verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie führt allerdings zu einer verfahrensrechtlichen Verbindung der Anträge, inhaltlich sind beide voneinander unabhängig, insbesondere sind ggf. unterschiedliche Mehrheiten zu berücksichtigen. Denn während für den Beschluss zur Entsendung der Soldaten – wie dargelegt – die einfache Mehrheit nach Art. 42 II GG genügt, muss im Rahmen des Art. 68 GG das Vertrauen mit der Mehrheit der Mitglieder des Bundstages (Art. 121 GG) ausgesprochen werden. Hier waren beide Mehrheiten gegeben.¹⁰

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit des Beschlusses / Einsatz der Bundeswehr in O

Der Beschluss der Bundesregierung zum Einsatz deutscher Soldaten in Ozenania ist verfassungswidrig, wenn das Grundgesetz Kampfeinsätze der Bundeswehr verbietet.

1. Verstoß gegen Art. 26 GG?

Gemäß Art. 26 GG sind Handlungen, die dazu geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten, verfassungswidrig (und unter Strafe zu stellen).

Vorliegend hat jedoch die NATO den **Bündnisfall** festgestellt, d.h. eine Situation, in der die Bundesrepublik im Rahmen der kollektiven Selbstverteidigung agiert (vgl. Art. 5 NATO-Vertrag). Der Angriff auf die Vereinigten Staaten ist somit auch als Angriff auf die anderen NATO-Staaten zu würdigen, die völkerrechtlich zur Verteidigung des Bündnisses berechtigt waren.

Aber auch in der ABWANDLUNG liegt ein Angriffskrieg i.S.d. Art. 26 GG nicht vor. Denn der Einsatz der Bundeswehr ist dort durch das **Mandat der UNO** völkerrechtlich abgesichert und kann somit keinen „Angriff“ im Sinne der Vorschrift darstellen.

Anmerkung: Die United Nations (Organisation) / Vereinten Nationen wurden 1945 durch völkerrechtliche Vereinbarung gegründet. Ihre Ziele sind vor allem die Schaffung und Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit und die Entwicklung freundschaftlicher, auf den Grundsätzen der Gleichberechtigung und Selbstbestimmung der Völker beruhender zwischenstaatlicher Beziehungen. Sie sind Forum der internationalen Zusammenarbeit auf wirtschaftlichen, vor allem aber auf kulturellem, sozialen und humanitären Gebiet. Hauptorgane sind die Vollversammlung und der Sicherheitsrat. Bislang hat die UNO keine eigene Armee sondern ist auf die Entsendung von Soldaten ihrer Mitgliedsstaaten zur Durchführung beschlossener Maßnahmen angewiesen.

Die NATO (North Atlantic Treaty Organisation) beruht auf dem völkerrechtlichen Nordatlantikvertrag vom 04.04.1949. Schwerpunktmäßig ist sie ein Nichtangriffspakt in Verbindung mit einer gegenseitigen Beistandsvereinbarung der beteiligten Staaten (vgl. Art. 5). Sie hat darüber hinaus das Ziel, in Übereinstimmung mit der Satzung der Vereinten Nationen zur Entwicklung friedlicher und freundlicher internationaler Beziehungen beizutragen (vgl. Art. 1, 2). In diesem Rahmen wird sie u.a. zur Unterstützung von Beschlüssen der UNO tätig.¹¹ Die NATO ist seit BVerfGE 90, 286 als ein kollektives Sicherheitssystem im Sinne des Art. 24 II GG anerkannt.

⁸ Herzog in Maunz/Dürig, Art. 68 Rn 17.

⁹ Ausführlich Herzog in Maunz/Dürig, Art. 68 Rn 25.

¹⁰ Es ist aber auch ein „gespaltenes Ergebnis“ denkbar, vgl. Herzog in Maunz/Dürig, Art. 68 Rn 39.

¹¹ Ausführlich BVerfG DVBl 2002, 116 ff.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 9 – Lösung – Seite 6

2. Verstoß gegen Art. 87a II GG

Der militärische Einsatz im Rahmen völkerrechtlicher Beschlüsse (NATO/UNO) könnte gegen Art. 87a II GG verstoßen.

a) Anwendbarkeit des Art. 87a II GG

Fraglich ist, inwieweit Art. 87a II GG auf Sachverhalte mit Auslandsbezug Anwendung findet. Teilweise wird vertreten, Art. 87a II GG gelte nur für den Einsatz der Bundeswehr **im Innern des Landes**.¹² Nach dieser Ansicht würde die Norm Auslandseinsätzen nie entgegenstehen.

Art. 87a wurde im Zuge der Notstandsgesetzgebung in das GG aufgenommen. Dies legt den Schluss nahe, dass primär eine Regelung des Einsatzes im Landesinnern bezweckt war. Auch die systematische Einordnung der Norm im Zusammenhang mit der Bundesverwaltung spricht für diese Auffassung. Schließlich regeln auch die Abs. 3, 4 des Art. 87a GG nur den Einsatz der Streitkräfte im Landesinnern.

Allerdings enthält der Wortlaut der Norm keine Hinweise, die eine solch restriktive Auslegung rechtfertigen könnten. Beachtet man den Grundsatz, wonach „von deutschem Boden nie wieder ein Krieg ausgehen sollte“, ist der Einsatz deutscher Soldaten auf fremden Territorien von Art. 87a II GG umfasst. Hierfür spricht auch das in Art. 26 I GG festgeschriebene Verbot des Angriffskrieges. Somit ist Art. 87a II GG grundsätzlich auch auf Kampfeinsätze außerhalb des Bundesgebiets anwendbar.¹³

Anmerkung: Rein humanitäre Einsätze stellen nach h.M. keinen „Einsatz von Streitkräften“ i.S.d. Art. 87a II GG dar. Das Grundgesetz lässt vielmehr Maßnahmen der Entwicklungs- und Katastrophenhilfe als auswärtige Angelegenheiten des Bundes zu.

b) Voraussetzungen des Art. 87a II GG

Nach Art. 87a II GG dürfen die Streitkräfte nur zur Verteidigung bzw. dann eingesetzt werden, wenn das Grundgesetz dies ausdrücklich zulässt.

aa) Grundfall: Einsatz „zur Verteidigung“

Auch wenn die Bundesrepublik selbst nicht von einem feindlichen Land angegriffen wurde, so ist doch der staatlich gelenkte Angriff der Terroristen in Ozenania auf die Vereinigten Staaten aufgrund Art. 5 NATO-Vertrag als Angriff auf die NATO-Staaten insgesamt zu würdigen, so dass diesen das Recht zur kollektiven Selbstverteidigung zusteht. Fraglich ist, ob der völkerrechtliche Bündnisfall im Rahmen des Art. 87a II GG als **Einsatz „zur Verteidigung“** angesehen werden kann. Über die Auslegung des Verteidigungsbegriffes in Art. 87a GG herrscht Streit.

Nach einer Mindermeinung in der Literatur setzt „Verteidigung“ im Sinne der Norm den Beschluss des Verteidigungsfalles nach Art. 115a GG voraus.¹⁴ Dies ist jedoch abzulehnen, denn Art. 115a GG betrifft die notstandsbedingte *Umstellung der inneren Rechtsordnung* und ist deshalb an enge materielle und verfahrensrechtliche Voraussetzungen gebunden. Er betrifft aber *nicht den Einsatz der Streitkräfte*, die selbstverständlich auch schon vor dem Beschluss zur Bekämpfung eines Angriffes auf Deutschland berechtigt und verpflichtet sind.

Nach h.M. ist dagegen Verteidigung im Sinne der „klassischen Bündnispolitik“ zu verstehen. Verteidigung im Sinne des Art. 87a, 24 II GG meint somit nicht nur die Abwehr eines Angriffes auf das Bundesgebiet sondern auch den Einsatz der Bundeswehr im Rahmen der Verteidigung des NATO-Bündnisses im sog. „Bündnisfall“ nach Art. 5 NATO-Vertrag.¹⁵

¹² Umfangreiche Nachweise bei Stein/Kröninger Jura 1995, 254, 255 dort Fußn 4, 5.

¹³ Pechstein Jura 1991, 461, 466; Isensee NJW 1993, 2583, 2586; Kind, DÖV 1993, 139 ff, 145 (u.a.).

¹⁴ umfangreiche Nachweise bei Stein/ Kröninger, Jura 1995, 254, 256 Fußn 20. Der Verteidigungsfall nach Art. 115a GG setzt einen Angriff auf das

Gebiet der BRD voraus; der rein völkerrechtliche Bündnisfall i.S.d. Art. 5 NATO-Vertrages reicht hierfür nicht aus (Herzog in Maunz/Dürig, Art. 115a Rn 24).

¹⁵ Das BVerfG hat diese Frage in seiner Entscheidung ausdrücklich offengelassen.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 9 – Lösung – Seite 7

Damit war nach dem Grundfall ein Einsatz „zur Verteidigung“ im Sinne des Art. 87a II GG gegeben, der unproblematisch zulässig ist.

bb) Abwandlung: Einsatz vom Grundgesetz vorgesehen?

In der Abwandlung ist zu prüfen, ob sich die verfassungsrechtliche Beurteilung ändern würde, wenn die NATO den Bündnisfall nicht ausgerufen hätte. In diesem Fall läge kein Einsatz zur Verteidigung im Sinne des Art. 87a GG vor.

Das Grundgesetz enthält keine ausdrückliche Regelung, wonach die Soldaten der Bundeswehr zu Kampfeinsätzen innerhalb von Bündnisverpflichtungen eingesetzt werden dürften. Daraus folgt eine Mindermeinung die grundsätzliche Unzulässigkeit der Auslandseinsätze.¹⁶

- (1) Man könnte aber in **Art. 24 II GG** eine Verfassungsnorm sehen, die für Auslandseinsätze innerhalb von Bündnisverpflichtungen eine Regelung im Sinne des Art. 87a II GG trifft.

Zwar wäre diese *nicht* „ausdrücklich“ im Grundgesetz verankert, sondern diesem nur *durch (systematische und teleologische) Auslegung* zu entnehmen. Mit dem Erfordernis der ausdrücklichen Anordnung wollte der Gesetzgeber aber nur die Möglichkeiten des Einsatzes der Bundeswehr im Innern beschränken, an die Möglichkeit des Einsatzes von Soldaten im Rahmen kollektiver Sicherheitssysteme hatte er nicht gedacht. Darüber hinaus ist Art. 24 GG von Anfang an im GG enthalten gewesen.¹⁷ Da die Verfassung sich aber nicht selbst widersprechen kann, muss Art. 87a GG so ausgelegt werden, dass Art. 24 GG eine Ausnahme hiervon darstellt, soweit die Norm Einsätze der Bundeswehr rechtfertigt.¹⁸

- (2) Fraglich ist, ob Art. 24 II GG die *out of area*-Einsätze der Bundeswehr erfasst. Nach Art. 24 II GG kann sich der Bund *zur Wahrung des Friedens in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einordnen*. Er kann auf Hoheitsrechte verzichten, wenn dies bezweckt, eine dauerhafte friedliche Ordnung in Europa und zwischen den Völkern der Welt herbeizuführen und zu sichern (Beispiel: UNO).

Früher war umstritten, ob die NATO ein **System kollektiver Sicherheit** i.S.d. Norm darstellt, da sie als kollektives Verteidigungsbündnis konzipiert ist und ursprünglich vor allem den Fall eines (äußeren) Angriffs regelte (Art. 5 NATO-Vertrag).¹⁹

Das BVerfG hat Art. 24 II GG weit ausgelegt und die NATO als System gegenseitiger kollektiver Sicherheit anerkannt, da es auch ihre Aufgabe sei, Streitigkeiten unter ihren Mitgliedern auf friedliche Weise beizulegen und notfalls durch Einsatz von Streitkräften den Frieden wiederherzustellen.²⁰

Jedenfalls seit dem neuen strategischen Konzept der NATO, das diese auch zu Krisenreaktionseinsätzen weltweit berechtigt, ist ihre Rechtsnatur als System gegenseitiger kollektiver Sicherheit zur Wahrung und Herstellung des internationalen Friedens unstreitig.

- (3) Das System gegenseitiger kollektiver Sicherheit begründet einen **Status völkerrechtlicher Gebundenheit**, bei dem jeder Staat sowohl Rechte als auch Pflichten innehat. Art. 24 II GG ermächtigt somit nicht nur zum Eintritt in eine solche Organisation, sondern bietet auch die verfassungsrechtliche Grundlage für die **Übernahme der mit einem solchen System typischerweise verbundenen Aufgaben** und damit auch für die Verwendung der Bundeswehr zu Einsätzen, die im Rahmen und nach den Regeln dieses Systems stattfinden.

1995, 254, 260, wonach das BVerfG die NATO auch deshalb als System kollektiver Sicherheit anerkannt hat, um sie von einem UN-Mandat unabhängig zu machen. Denn im Falle eines Vetos der Vereinten Nationen wäre dieses System gegenseitiger kollektiver Sicherheit handlungsunfähig und könnte einen Krisenreaktionseinsatz nicht mit UN-Mandat unterstützen (Beispiel: Kosovo).

¹⁶ U.a. Bähr ZRP 1994, 97, 103.

¹⁷ BVerfGE 90, 286, 355 f.

¹⁸ So auch Stein/Kröninger Jura 1995, 254, 260; Kisker/Höfling Fälle StaatsOrgR, 2. Aufl., Fall 2, S. 22 ff.

¹⁹ Zum Meinungsstreit Stein/Kröninger Jura 1995, 254, 256 mwN.

²⁰ Ausführlich BVerfGE 90, 286, 349 ff. Interessant hierzu die Überlegungen von Stein/Kröninger Jura

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 9 – Lösung – Seite 8

3. Verstoß gegen Art. 59 II GG

Nach Art. 59 II 1 GG bedürfen Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln der Zustimmung oder Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in Form eines Bundesgesetzes. Dies ist im Hinblick auf die Mitgliedschaft Deutschlands in der NATO und in der UNO geschehen. Fraglich ist, inwieweit die Mitgliedschaft in der NATO zum Einsatz von Soldaten berechtigt. Denn für eine (auch konkludente) Erweiterung der Zuständigkeiten der NATO wäre ein neues Zustimmungsgesetz des Bundestages erforderlich.²¹

Im Ausgangsfall wurde der Bündnisfall festgestellt, so dass der Kampfeinsatz von Art. 5 NATO-Vertrag umfasst war. Aber auch in der Abwandlung ist nach dem neuen Strategiepapier der NATO eine Zuständigkeit der NATO für derartige internationale Konfliktlösungs Einsätze gegeben.

III. Ergebnis:

Der Beschluss des Bundestages über den Einsatz der Soldaten der Bundeswehr in Ozenania ist – sowohl im Grundfall als auch in der Abwandlung – verfassungsmäßig.

Anmerkung: Das BVerfG hatte in seiner Entscheidung 1994 noch größere Begründungsprobleme, da damals eine ausdrückliche Regelung der out of area-Einsätze auf NATO-Ebene nicht bestand. Es gab lediglich Regelungen in der Präambel und mehrere politische Absichtserklärungen. Die vier die Entscheidung tragenden Richter sahen in den NATO-Einsätzen mit UN-Mandat eine dynamische Auslegung des NATO-Vertrages, die noch nicht die Grenze der Zustimmungspflichtigkeit erreicht habe und somit allein in den Kompetenzbereich der Bundesregierung falle.²² Die anderen vier Richter waren dagegen der Auffassung, die Entsendung von Soldaten zu Krisenreaktionseinsätzen komme einer faktischen Vertragsänderung gleich; in dieser „Grauzone“ sei eine parlamentarische Zustimmung erforderlich.²³

Das BVerfG (Urteil vom 07. 5. 2008 - 2 BvE 1/03) geht grundsätzlich von einem Parlamentsvorbehalt beim bewaffneten Einsatz der Bundeswehr aus: Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt greift ein, wenn nach dem jeweiligen Einsatzzusammenhang und den einzelnen rechtlichen und tatsächlichen Umständen die Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen konkret zu erwarten ist. Diese Voraussetzung ist gerichtlich voll überprüfbar.

Zur Vertiefung:

Verfassungsbeschwerde gegen Einsetzung eines Untersuchungsausschusses? Ja, aber Untersuchungsausschuss, Rechtsschutz des Einzelnen, Grenzen der Rechte des Parlaments (**L&L, 2015, 198**)

Grundfälle: Untersuchungsausschuss des BT: **L&L 2015, 228**. BVerfG Urteil vom 21.10.2014 (2 BvE 5/11): NVwZ 2014, 1652; DÖV 2014, 1061; DÖV 2015, 147 (Fragerecht von Bundestagsabgeordneten). Zur Evakuierung als Einsatz bewaffneter Streitkräfte siehe **L&L 2016, 43**. Zudem lesenswert Schmidt, DÖV 2003, 846.

BVerfG Urteil vom 25.8.2005, - 2 BvE 4/05 -, - 2 BvE 7/05 – Vertrauensfrage zur Auflösung des Bundestages

Leitsätze:

1. Die auf Auflösung des Bundestages gerichtete Vertrauensfrage ist nur dann verfassungsgemäß, wenn sie nicht nur den formellen Anforderungen, sondern auch dem Zweck des Art. 68 GG entspricht. Das Grundgesetz erstrebt mit Art. 63, Art. 67 und Art. 68 eine handlungsfähige Regierung.

2. Die auflösungsgerichtete Vertrauensfrage ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Handlungsfähigkeit einer parlamentarisch verankerten Bundesregierung verloren gegangen ist. Handlungsfähigkeit bedeutet, dass der Bundeskanzler mit politischem Gestaltungswillen die Richtung der Politik bestimmt und hierfür auch eine Mehrheit der Abgeordneten hinter sich weiß.

²¹ Ausführlich BVerfG DVBl 2002, 116 (zum NATO-Strategiepapier von 1999).

²² BVerfGE 90, 286, 357 ff.

²³ BVerfGE 90, 286, 372 ff.

Verfassungsrecht II / Baden-Württemberg

Fall 9 – Lösung – Seite 9

3. Von Verfassungs wegen ist der Bundeskanzler in einer Situation der zweifelhaften Mehrheit im Bundestag weder zum Rücktritt verpflichtet noch zu Maßnahmen, mit denen der politische Dissens in der die Regierung tragenden Mehrheit im Parlament offenbar würde.

4. Das Bundesverfassungsgericht prüft die zweckgerechte Anwendung des Art. 68 GG nur in dem von der Verfassung vorgesehenen eingeschränkten Umfang.

a) Ob eine Regierung politisch noch handlungsfähig ist, hängt maßgeblich davon ab, welche Ziele sie verfolgt und mit welchen Widerständen sie aus dem parlamentarischen Raum zu rechnen hat. Die Einschätzung der Handlungsfähigkeit hat Prognosecharakter und ist an höchstpersönliche Wahrnehmungen und abwägende Lagebeurteilungen gebunden.

b) Eine Erosion und der nicht offen gezeigte Entzug des Vertrauens lassen sich ihrer Natur nach nicht ohne weiteres in einem Gerichtsverfahren darstellen und feststellen. Was im politischen Prozess in legitimer Weise nicht offen ausgetragen wird, muss unter den Bedingungen des politischen Wettbewerbs auch gegenüber anderen Verfassungsorganen nicht vollständig offenbart werden.

c) Drei Verfassungsorgane - der Bundeskanzler, der Deutsche Bundestag und der Bundespräsident - haben es jeweils in der Hand, die Auflösung nach ihrer freien politischen Einschätzung zu verhindern. Dies trägt dazu bei, die Verlässlichkeit der Annahme zu sichern, die Bundesregierung habe ihre parlamentarische Handlungsfähigkeit verloren.

Vertiefungsfragen

1. Welche Möglichkeiten hat der Bundestag, einen Bundeskanzler, dessen Politik die Mehrheit der Abgeordneten nicht mehr mittragen will, abzusetzen?
2. Im Jahre 1982 kam es in der von SPD und FDP getragenen Bundesregierung Schmidt/Genscher zu einer schweren Krise, in Folge derer die Fraktionen von CDU/CSU und FDP gemeinsam durch ein Misstrauensvotum den bisherigen Oppositionsführer Kohl zum Bundeskanzler wählten. Alle im Bundestag vertretenen Parteien befürworteten jedoch von Anfang an die baldige Ausschreibung von Neuwahlen. Auch Kohl wünschte dies, da er sich nicht hinreichend demokratisch legitimiert fühlte. Als der Bundeshaushalt für das Jahr 1983 mehrheitlich verabschiedet worden war, stellte er daher im Dezember 1982 die Vertrauensfrage, bei der sich sämtliche Abgeordneten der CDU/CSU und FDP Fraktionen absprachegemäß der Stimme enthielten. Bundespräsident Carstens unterzeichnete die vom Kanzler gegengezeichnete Auflösungsanordnung am 06.01.1983. Zu Recht?
3. Inwieweit lassen sich aus Art. 38 GG Frage- und Informationsrechte der Abgeordneten herleiten?

